UNIVERSITÉ DE BORDEAUX I

LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE

DOMINIQUE LENCOU

1978

grenoble
ORL

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0006

UNIVERSITÉ DE BORDEAUX I

LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE

Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit
présentée et soutenue publiquement le 22 avril 1978
sous la présidence de Monsieur le Professeur J. DERRUPPE

DOMINIQUE LENCOU

SERVICE DE REPRODUCTION DES THESES DE
L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE GRENOBLE

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

AVERTISSEMENT

Le présent document est une reproduction faite en réduction (33 %) **d'un document original fourni par l'auteur**

Le Service de Reproduction des Thèses de l'Université des Sciences Sociales (Grenoble II) ne peut être tenu pour responsable de la mauvaise qualité de certaines parties. Seul l'auteur qui n'a pas eu le loisir ou la possibilité de fournir des originaux correspondant aux normes fixées par l'Atelier peut être incriminé

A Christine, ma femme.

A ma Mère.

TABLEAU DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

al. : alinéa (ex. : l'art. 1er, ali. 2, de la loi...)
arr. : arrêté
art. : article
bull. civ. : bulletin des arrêts des chambres civiles (sec. civ. com., soc.) de la Cour de Cassation
bull. crim. : bulletin criminel de la Cour de cassation
c. : code
c. civ. : code civil
c. com. : code de commerce
c. pén. : code pénal
c. pr. civ. : code de procédure civile
c. pr. pén. : code de procédure pénale
cass. ass. plén. : arrêt de l'assemblée plénière de la cour de cassation
cass. ch. mixte : arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation
cf.:confrontez
ch.:chambre
ch. réun. : arrêt des chambres réunies de la cour de cassation
civ. : arrêt de la chambre civile de la cour de cassation
com. : arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
comp. : comparez
concl. : conclusions
conf.:conforme
crim. : arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation
d. : recueil dalloz (depuis 1945
d.a. : recueil analytique dalloz (années 1941 - 1944)

d.c. : recueil critique dalloz (années 1941 - 1944
d. h. : recueil hebdomadaire dalloz (années antérieures à 1941)
d.p. : recueil périodique et critique dalloz (années antérieures à 1941)
décr. : décret
décr. L. : décret loi
éd. : édition
gaz. pal. : gazette du palais
infra. : ci-dessous
J.C.P. : juris-classeur périodique (semaine juridique) éd. C.I. - édition commerce et industrie
journ. not. et av. : journal des notaires et avocats
j.o. : journal officiel
journ. soc. : journal des sociétés
l.:loi
liv. : livre
loc. cit. : références précitées
mod. : modifié
n° : numéro
not. : notamment
obs. : observations
op. cit. : ouvrage précité
ord. : ordonnance
p. : page
préc. : précité
rec. : recueil
rect. : rectificatif
s. recueil sirey
règl. : règlement
rép. civ. : répertoire dalloz de droit civil
rép. com. : répertoire dalloz de droit commercial
rép. pén. : répertoire de droit pénal et de procédure pénale

rép. sociétés : répertoire dalloz du droit des sociétés
req. : arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation
rev. : revue
rev. soc. : revue des sociétés
rev. trim. dr. com. : revue trimestrielle de droit commercial et s. : et suivants
soc. : arrêt de la chambre de la cour de cassation
somm. : sommaires
supra. : ci-dessus
t. : tome
t.c. : tribunal de commerce
t.g.i. : tribunal de grande instance
tit. : titre
trib. : tribunal
v. : voir

INTRODUCTION

Lorsque le sort d'une entreprise se trouve gravement compromis par l'ouverture d'une procédure, appelée "faillite" par le langage courant, le ou les hommes responsables doivent être sanctionnés.

De tout temps et dans toutes les législations la "faillite" au sens traditionnel du terme a présenté le double aspect de voie d'exécution collective et de sanction.

La loi du 13 juillet 1967 a rompu avec cette tradition en soumettant en principe le paiement des créanciers à des règles totalement indépendantes des sanctions qui peuvent frapper l'homme.

Depuis cette loi, le paiement des créanciers est lié au sort de l'entreprise. Selon que l'entreprise est ou non viable, il y aura règlement judiciaire suivi d'un concordat ou liquidation des biens.

Au contraire la situation de l'homme -débiteur commerçant ou dirigeant d'une personne morale- dépend de son comportement :

- si celui-ci a été correct, il n'encourt aucune sanction.
- s'il a commis certains faits répréhensibles il doit ou peut être frappé de faillite personnelle et même condamné pour banqueroute ou délits assimilés.(1)

Par la faillite personnelle, des gens indésirables peuvent être éliminés de l'activité économique. Cette sanction consiste en un ensemble de déchéances et interdictions, qui peuvent frapper les commerçants individus ou les dirigeants de personnes morales en état de règlement judiciaire ou de liquidation de biens, qui se sont rendus coupables d'agissements malhonnêtes ou imprudents.(2).

Par la banqueroute, les débiteurs commerçants et les dirigeants de droit ou de fait des personnes morales, qui ont commis certains faits ayant entraîné la cessation des paiements de leur entreprise, subiront les rigueurs d'un délit pénal. (3).

---

1 - Les délits assimilés à la banqueroute des articles L-130 à L-135, que peuvent commettre les dirigeants sociaux sont identiques à deux exceptions près, à ceux réprimés à l'égard des commerçants personnes physiques. Pour plus de clarté et de concision nous regroupons tous ces délits sous le terme de BANQUEROUTE.

2 - TITRE II, articles L-104 à L-112 de la loi du 13 juillet 1967.

3 - TITRE III, articles L-126 à L-135 de la loi du 13 juillet 1967.

Ainsi les mêmes faits peuvent être sanctionnés de deux manières et il est intéressant d'étudier ces sanctions dont la portée est originale à plus d'un point.

Cette dualité de sanction est issue d'une longue tradition. Depuis toujours les manquements d'un débiteur ont été sévèrement réprimés. Cette sévérité est normale car le débiteur commerçant doit être plus sévèrement traité que le débiteur civil, car il crée une perturbation plus profonde de l'économie.

A l'origine le caractère infâmant de la faillite et la réprobation qu'elle soulevait primaient les opérations de liquidation : l'homme seul était en cause. Certes la vente de ses biens servait à payer ses dettes mais son actif était en général insignifiant. (1).

A ROME, le failli était traité en criminel, dans les villes du Moyen Age on procédait à la rupture publique de son banc de marchand (2), et dans l'ancien droit français, il était jugé "capitalement et extraordinairement".

---

1 - *GUILLON, essai historique sur la législation française des faillites et banqueroutes avant 1673, Thèse Rennes 1904.*

2 - *D'où l'origine du mot banqueroute : banco rotto, qui signifie rupture du banc.*

Banqueroutiers et faillis étaient toujours confondus, leur punition devait être exemplaire et leur sort inspirait l'effroi. (1).

Le code de commerce de 1807 devait conserver cette tradition répressive, puisque le failli était arrêté (1), mais il réalisait une évolution importante en distinguant faillite et banqueroute.

Au cours du XIXe siècle la sévérité de la faillite, organisée parallèlement à la répression pénale de la banqueroute, ne parut plus tolérable et la législation devait évoluer vers un adoucissement. C'est ainsi que l'aspect répressif fut modifié par l'ordonnance du 23 septembre 1958, qui adapte le délit de banqueroute aux nécessités du monde moderne, notamment en disqualifiant la banqueroute frauduleuse de crime en délit. Malgré cette réforme il restait de nombreuses lacunes, en ce sens que les diverses personnes susceptibles d'être reconnues coupables n'étaient pas soumises au même traitement répressif. Sans doute aux infractions de banqueroute commises par les commerçants, le décret-loi du 8 août 1935 avait ajouté les "délits punis des peines de la banqueroute" commis par les dirigeants de sociétés. Mais les éléments constitutifs de ces délits étaient tels que les dirigeants sociaux encouraient des sanctions pénales beaucoup moins souvent que les commerçants individuels. Cette disparité était évidemment paradoxale et illogique.

---

1 - Article 455 - Livre III du C. com. de 1807. - Il était considéré comme le capitaine de navire abandonnant son bord.

V. BALZAC César Birotteau.

Cette inadaptation du système juridique était flagrante et la volonté de punir se heurtait souvent aux nécessités économiques. D'ailleurs les textes opéraient une confusion entre les mesures patrimoniales atteignant l'entreprise et les sanctions prononcées contre ses dirigeants.

C'est ainsi que l'option du tribunal entre le règlement judiciaire et la faillite était complètement faussée. Au lieu de dépendre des possibilités de survie de l'entreprise, ce choix dépendait trop souvent de l'honnêteté ou de la malhonnêteté de l'homme, de sa compétence, ou de sa bonne foi. Le règlement judiciaire ainsi accordé à des débiteurs malheureux mais honnêtes aboutissait souvent à des concordats fragiles, alors que la faillite, sanction des fautes commises, entraînait la disparition de l'entreprise englobée dans la liquidation. Dans ce contexte l'entreprise économiquement viable subissait fréquemment le poids des fautes de l'homme.

Le juge se trouvait alors devant un véritable dilemme, que la doctrine dénonçait avec véhémence. (1).

---

1 - *HOUIN, Permanence de l'entreprise à travers la faillite, in liber amicorum Baron Louis Frédéricq, t. 2, p. 109. - et ASPECTS ECONOMIQUES de la faillite et du règlement judiciaire, Bibliothèque de Droit Commercial, t. 20, p. 185.*

La loi du 13 juillet 1967, inspirée par le souci d'assurer la permanence de l'entreprise à travers la faillite (1), a eu pour but d'assurer la dissociation de l'homme et de l'entreprise. Cette finalité de la loi a été décrite dans l'exposé des motifs comme devant :

> "éliminer les entreprises économiquement condamnées sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité et assurer la survie d'entreprises pouvant être financièrement redressées au besoin en écartant leurs dirigeants, dont la gestion est critiquable".

A l'avenir, l'entreprise et ses dirigeants peuvent connaître un sort différent :

Celui de l'entreprise est fondé sur des considérations économiques :

est-elle en mesure de proposer un concordat sérieux et de l'exécuter ?

Dans l'affirmative, il y aura règlement judiciaire avec la conclusion et l'exécution du concordat.

---

1 - HOUIN, op. cit.

Dans la négative, il y aura une liquidation de biens, qui se traduira par l'état d'union.

Quant au sort des dirigeants de l'entreprise, il sera commandé exclusivement par des considérations morales :

> ont ils ou non commis des fautes dans leur gestion ?

Si, victimes des circonstances économiques ils n'ont rien à se reprocher, ils ne seront pas sanctionnés et pourront reprendre leurs activités. Si leur comportement a été fautif, ils seront ou pourront être frappés de faillite personnelle et punis de banqueroute.

Ces deux sanctions, depuis la loi de 1967, contribuent pour une part importante à la finalité de la loi de dissocier le sort de l'homme et de l'entreprise. C'est d'elles que dépendent la réalisation de cet objectif et il est important de bien situer leurs places. A cet égard le droit comparé est riche en enseignements.

Notre droit de la "faillite" est passé par trois phases successives qui correspondent à autant de finalités poursuivies par les différents systèmes étrangers. (1).

---

1 - *V. TREILLARD, Introduction comparative, p. 30 et s., in. les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, sous la direction de RODIERE, Economica. 1976.*

Toutefois, il faut se garder d'une classification trop rigide, car chaque droit étranger de la faillite est très nettement marqué par ses particularismes nationaux.

Certains pays, inspirés par le Droit Romain et le droit du Moyen âge, ont adopté une conception purement subjective avec un caractère répressif très accentué. (1). En Italie, la faillite est centrée sur le débiteur qui n'honore pas ses engagements et qui doit être puni très sévèrement. (2). Ce système archaïque est vivement critiqué car il ne correspond plus aux besoins d'une économie moderne et c'est pour cette raison que notre droit a abandonné cette conception dès 1889.

Dans d'autres pays, le centre de gravité est déplacé vers la protection des créanciers et les sanctions de l'homme passent au second plan. (3). Telle fut l'orientation du système français de 1889 à 1967, puisque les interventions législatives et les constructions jurisprudentielles s'attachaient avant tout à protéger la masse des créanciers.

---

1 - ITALIE, GRECE, BELGIQUE et VENEZUELA

2 - Aux sanctions pénales sévères (réclusion de 3 à 10 ans, et jusqu'à 15 ans en cas de circonstances aggravantes) s'ajoutent de graves sanctions civiles (véritables incapacités).

3 - ALLEMAGNE FEDERALE, SUISSE et PAYS BAS.

Enfin une troisième conception cherche à réaliser un compromis entre les intérêts en présence et surtout à protéger le crédit. C'est dans cette voie que s'est engagé notre droit depuis 1967 et il faut noter qu'il s'est inspiré du système Anglo-Saxon.

Dès le XVIIe siècle, les anglais ont cherché à équilibrer l'intérêt du débiteur et celui des créanciers. Pour eux, la faillite n'est pas, en principe, le résultat d'une faute mais d'un accident et il n'est pas concevable de punir un homme qui ne le mérite pas. La réciproque est également vraie puisqu'il n'est pas pensable de faire supporter à l'entreprise le poids des fautes de l'homme.

Pour ces dernières, la plupart des législations occidentales doublent leur régime des procédures collectives d'un régime de punition des hommes. Dans tous les systèmes étrangers ces derniers pourront subir des sanctions pénales et des sanctions non pénales.

C'est ici que le droit français montre nettement son originalité par rapport à ses homologues. Dans ces derniers le droit établit une graduation en fonction de la gravité des fautes. Pour les plus vénielles, seules les sanctions non pénales peuvent s'appliquer, les sanctions pénales ne réprimant que les plus graves. Celles-ci se distinguent parce qu'elles sont faites de fraudes, de falsifications et de détournements, qui risquent de fausser les procédures collectives.

En France la banqueroute semble s'appliquer aux mêmes agissements que la faillite personnelle, y compris aux moins graves, et cette situation peut entraîner une confusion.

La principale différence dans le régime des sanctions entre le droit français et les droits étrangers se trouve dans l'absence de distinction entre le sort de l'entreprise et la sanction des hommes par ces derniers. Il en résulte que l'on constate dans ces pays une interdépendance entre les sanctions applicables et le type de procédure choisi.

Pourtant cette distinction est l'élément essentiel qui permet à une législation de la "faillite" de poursuivre ses objectifs, c'est-à-dire concilier les intérêts en présence -créanciers, salariés, crédit, etc...- tout en protégeant l'économie générale.

Dans cette optique la faillite personnelle et la banqueroute doivent assumer le sort de l'homme sans interférer sur celui de l'entreprise.

Pour marquer nettement les limites de ces sanctions le législateur a distingué plusieurs titres, le premier consacré aux procédures collectives (1), le second aux sanctions non pénales (2), le troisième aux sanctions pénales (3).

---

1 - Titre Ier "Règlement judiciaire et liquidation des biens" ; articles 1 à 103 de la loi n° 67.563 du 13 juillet 1967.

2 - Titre II "Faillite personnelle, autres interdictions et réhabilitation" ; articles L. 104 à L. 125.

3 - Titre III "Banqueroutes et autres infractions" ; articles L. 126 à L. 149.

Avec davantage de concision, de clarté et de précision, la faillite personnelle reprend le rôle des déchéances et interdictions attachées à l'ancienne faillite. Cette mission est très importante, puisqu'elle doit assumer l'assainissement de l'activité économique, mais elle comporte une condition, ne pas influencer le sort de l'entreprise. D'ailleurs, c'est dans ce but que le législateur a juxtaposé le terme "personnelle" à celui de "faillite".

Le rôle répressif de la banqueroute change peu avec la loi du 1967 et il faut surtout insister sur l'extension du champ d'application de ce type d'infraction à d'autres personnes que le débiteur commerçant.

Avec ces deux sanctions notre système juridique dispose d'un arsenal répressif moderne destiné à punir et à éliminer ceux qui l'ont réellement mérité. Cependant il n'est pas si facile de gommer une tradition ancienne et il est à craindre que la dissociation ne soit pas réalisée.

Au cours de notre étude nous essaierons de dégager la portée de la faillite personnelle et de la banqueroute d'abord vis-à-vis de l'homme avant de l'envisager par rapport à l'entreprise.

C'est ainsi que nous examinerons successivement :

- LE SORT DE L'HOMME (PREMIERE PARTIE)
- LE SORT DE L'ENTREPRISE (DEUXIEME PARTIE).

POUR EVITER LA FASTIDIEUSE REPETITION DE LA LOI N. 563 DU 13 JUILLET 1967 ET DU DECRET N. 1120 DU 22 DECEMBRE 1967 CHAQUE FOIS QUE NOUS CITERONS UN ARTICLE DE CES TEXTES, NOUS FERONS PRECEDER LES NUMEROS DES ARTICLES MENTIONNES DE LA LETTRE "L" OU DE LA LETTRE "D" (PAR EXEMPLE : ARTICLE L. 131 OU ARTICLE D. 12).

PREMIERE PARTIE

LE SORT DE L'HOMME

La faillite personnelle et la banqueroute doivent régler le sort de l'homme en matière de procédures collectives d'apurement du passif des entreprises.

Leur mission est extrêmement difficile car elles doivent réaliser un équilibre, dont THALLER précisait la nécessité :

> "... il faut que la loi intimide par sa sévérité, afin de contenir les négociants dans la voie de la prudence, et il ne faut pas qu'elle effraie trop, sans quoi elle cause l'affolement.
> Se tenir à égale distance de ces deux extrêmes n'est pas facile". (1).

Cet équilibre n'est pas facile à trouver. De tout temps le droit français a été marqué par une grande sévérité que certains auteurs ont vigoureuse-

---

1 - *Les faillites en droit comparé, librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1887, t. I, chap. I, p. 125 - s.*

ment dénoncée en la traitant de "fureur répressive" (1).

Le problème n'est pas simple, car en cette matière le droit se veut tout à la fois sanctionnateur, curatif, et, préventif. (2).

Si la loi est trop sévère pour le débiteur elle décourage ses initiatives et sera souvent injuste, mais trop indulgente elle favorisera la fraude et ne permettra pas d'assainir les professions commerciales.

C'est cet équilibre que le législateur de 1967 a recherché en décidant que le sort de l'homme dépendrait de critères subjectifs.

S'il n'a rien à se reprocher il ne subira aucune sanction, même si l'entreprise est en liquidation de biens.

Par contre, s'il a enfreint certaines règles il pourra ou devra être sanctionné.

La faillite personnelle, dépourvue de toute signification patrimoniale, permet de sanctionner civilement l'individu, dont la moralité ou l'incompétence, le rendent indésirable au monde des affaires, à la seule fin de l'empêcher de nuire.

---

1 - *DALSACE,"Réflexions d'un commercialiste sur le droit pénal des sociétés", Rev. soc. 1966.400.*

2 - *LABRUSSE (Mme), Evolution du Droit français de la faillite, in. "FAILLITES", ouvrage collectif présenté et dirigé par R. RODIERE, N° 4, P. 9.*

De son côté, la banqueroute conserve son caractère traditionnel de sanction pénale destinée à accentuer la flétrissure qui atteint le débiteur déjà frappé d'une sanction civile.

Ainsi, pour des agissements semblables les mêmes personnes peuvent subir deux sanctions.

Interrogeons nous sur leur opportunité, en nous posant la question de savoir si elles ne font pas double emploi ou si, au contraire, elles ne sont pas complémentaires et nécessaires à la finalité de la loi de 1967.

Pour cela nous étudierons successivement :

les conditions d'application de la faillite personnelle et de la banqueroute (TITRE I) avant de dégager leur rôle (TITRE 2).

T I T R E I

LES CONDITIONS D'APPLICATION

Le rôle de la faillite personnelle et de la banqueroute se développe d'une manière considérable. Cet accroissement est d'autant plus important qu'elles sanctionnent tous les agissements fautifs ayant entraîné une cessation des paiements de toutes personnes dont l'activité peut influencer l'économie générale.

La faillite personnelle et la banqueroute ont un domaine commun très étendu surtout en ce qui concerne les conditions de fond. En effet, ce sont les mêmes personnes qui peuvent les encourir, lorsque leur entreprise est dans un certain état -la cessation des paiements- et pour des agissements quasiment identiques (chapitre ler).

Par contre les conditions de forme ne sont pas aussi similaires, notamment en ce qui concerne la compétence, mais la méthode suivie apparait beaucoup plus parallèle que différente (chapitre 2).

CHAPITRE 1ER

LES CONDITIONS DE FOND

Trois conditions de fond doivent être réunies :

La faillite personnelle et la banqueroute ne peuvent être prononcées qu'à l'encontre des personnes énumérées par les articles L. 104. s., L. 126 s. et L. 130. s. (SECTION 1).

Elles ne peuvent être encourues que si les personnes visées ont été au préalable déclarées en état de cessation de paiements. (SECTION 2).

Les personnes visées, doivent s'être rendues coupables de certains agissements, qui, selon leur gravité entraînent soit le prononcé obligatoire des sanctions, soit leur prononcé facultatif. (SECTION 3).

SECTION 1 - LES CONDITIONS RELATIVES AUX PERSONNES

La loi est formelle : seule des personnes physiques peuvent encourir la faillite personnelle et la banqueroute.

Cependant, n'importe quelle personne physique ne pourra pas être poursuivie, car les textes visent expressément certaines catégories.

Les articles L. 104, L. 127 et L. 130 limitent le champ d'action de ces sanctions :

- aux commerçants personnes physiques.
- aux personnes physiques, dirigeants de personnes morales.

I - LES COMMERÇANTS PERSONNES PHYSIQUES.

Les articles L. 104 et L. 127 posent le principe de la possibilité de sanctionner les commerçants de faillite personnelle et de banqueroute. Le tribunal saisi doit constater cette qualité, ce qui peut poser certaines difficultés lorsqu'il s'agit d'incapables, de commerçants retraités, ou de ceux qui se dissimulent pour éviter les obligations du commerce.

A - LA NOTION GENERALE DE COMMERCANT.

La qualité de commerçant s'apprécie par l'inscription au Registre du Commerce et par l'accomplissement de manière habituelle d'actes de commerce.

1 - L'INSCRIPTION AU REGISTRE DU COMMERCE.

En principe toute personne immatriculée au Registre du Commerce est présumée avoir la qualité de commerçant, mais ce n'est qu'une présomption simple et la preuve contraire peut toujours être rapportée. (1) C'est ainsi que la présomption de commercialité ne joue pas à l'égard du propriétaire d'un fonds de commerce qui a mis son fonds en location gérance. (2). Dans ce cas, seul le gérant libre peut être sanctionné. Il n'en est pas de même du gérant salarié, à moins qu'il ne se soit comporté en gérant libre. (3).

D'autre part, le défaut d'inscription au Registre du Commerce n'empêche pas celui qui fait le commerce d'encourir les sanctions, car il ne saurait en effet invoquer son défaut d'inscription pour se soustraire aux obligations inhérentes à la qualité

---

1 - D. 23 mars 1967 : articles 41 et 42.

2 - Paris 13 fév. 1967, D. 1967, 422.

3 - Cass. Com. 9 déc. 1957, Bull. Cass 1957, III, n° 336.

de commerçant et les tribunaux doivent rechercher si le débiteur avait cette qualité. (1).

2 - LES ACTES DE COMMERCE.

La preuve de la qualité de commerçant doit être faite conformément à l'article 1er du Code de Commerce, aux termes duquel : "sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle".

Ainsi le débiteur doit :

1°) avoir fait des actes de commerce tels qu'ils sont énumérés par les articles 632 et 633 du Code de Commerce avec cette précision que la loi du 13 juillet 1967 répute en outre actes de commerce : "l'achat des biens immeubles en vue de la revente (2) et les opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles de fonds de commerce, d'actions ou de parts de sociétés immobilières",

---

1 - *Il en est ainsi pour des parents qui exploitent un fonds de commerce avec leur fils, qui est seul inscrit au Registre du Commerce. Cass. Com. 28 nov. 1972 : D. 1973 somm. 58.*

2 - *Avec toutefois cette restriction apportée par la loi interprétative du 9 juillet 1970 (Art. 23) : "... à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux".*

2°) qu'il en ait fait sa profession habituelle.

3°) qu'il ait accompli ces actes pour son compte personnel et non ès qualité (c'est-à-dire au nom et pour le compte d'autrui, ce qui est le cas des salariés, des fondés de pouvoir ou des mandataires sociaux).

La preuve incombe à celui qui demande la procédure collective et à défaut, il appartient aux tribunaux de rechercher d'office si la personne avait la qualité de commerçant. (1).

D'une façon générale les tribunaux ont tendance à admettre qu'une personne a la qualité de commerçant en s'attachant moins à la profession qu'elle exerce qu'aux actes de commerce qu'elle fait habituellement ; il en a été ainsi jugé pour celui qui spécule en Bourse d'une manière habituelle (2), ou pour un aviculteur (3) ou pour un herbager qui fait habituellement le commerce de marchand de bestiaux (4).

---

1 - Cf. Paris 5 déc. 1968, D. 1969, som. 26.

2 - Cf. Cass. Com. 11 nov. 1947 : Rev. Trim. Dr. Com. 1948, 695.

3 - Cf. Cass. Com. 3 juin 1969, et sur renvoi ROUEN 10 juin 1970 : Rev. Trim. Dr. Com. 1971, 442.

4 - Cf. Cass. Com. 14 nov. 1972 : Gaz. pal. 18 et 20 fév. 1973.

Cette jurisprudence qui est quelquefois discutée, s'expliquerait par le désir de frapper rigoureusement le débiteur. Toutefois, il n'en serait pas ainsi pour un agriculteur qui ne ferait que des actes de commerce isolés et accessoirement à la profession (1). Ce ne serait pas davantage le cas d'un directeur d'une publication hebdomadaire dont les offres de publicité présenteraient un caractère accessoire, (2), ni d'un homme de lettres qui éditerait ses propres oeuvres.

L'artisan inscrit au Répertoire des Métiers n'est pas un commerçant, mais il sera considéré comme tel s'il sort de son statut, c'est-à-dire s'il est établi qu'au lieu de vivre de son travail manuel, il spécule sur la main d'oeuvre qu'il emploie, ou sur la matière première qu'il incorpore à ses produits ; il pourra alors faire l'objet des sanctions (3).

---

1 - Cf. Paris 31 Oct. 1968 Rev. Trim. Dt. Com. 1969, 171.

2 - Cf. Cass. Com. 9 nov. 1970 Gaz. Pal. 27 fév. 1971.

3 - Pour un peintre qui avait fait des achats de peinture d'une importance et d'une fréquence sans rapport avec son activité, cf. Cass. Com. 17 nov. 1970 : Rev. Trim. Dt. Com. 1971, 441, obs. HOUIN. Com. 19 Nov. 1975 : Jcp. 1975, G. IV, 6588 - 111. note J.A.

B - LES CAS PARTICULIERS DE COMMERCANT.

1 - INCAPACITES ET INCOMPATIBILITES.

Les incapables majeurs ou mineurs ne peuvent faire l'objet d'une procédure de liquidation collective de leurs biens et des sanctions en raison de la loi qui est chargée d'assurer leur protection.

La femme mariée qui exploite un commerce séparé de celui de son mari est commerçante selon le Code de Commerce et à ce titre peut faire l'objet des sanctions ; en outre, la jurisprudence a, de plus en plus tendance à lui attribuer personnellement la qualité de commerçant chaque fois qu'elle peut être considérée comme l'associée de fait de son mari, ou comme ayant fait le "commerce en commun" avec lui ; elle sera passible alors de la faillite personnelle et de la banqueroute au même titre que lui. (1). La même solution s'imposera pour le mari qui s'est immiscé dans le commerce de sa femme. (2).

L'existence d'une incompatibilité n'empêche pas le prononcé d'une sanction. En effet, il a toujours été admis qu'on doit considérer comme commerçant celui qui exerçant une profession commerciale se livre habituellement à des actes de commerce, même au mépris

---

1 - Cass. Com. 10 fév. 1970-504, obs. HOUIN, et la même solution s'impose à plus forte raison pour une concubine, cf. trib. Besançon 18 nov. 1970, Rev. trim. Dt. Com. 1972-473, obs. HOUIN.

2 - Cf. Cass. Com. 16 mars 1970, Rev. Trim. Dt. Com. 1970-778, obs. HOUIN.

des règles de sa profession ; et l'absence d'immatriculation au Registre du Commerce ne l'autorise pas à se soustraire aux responsabilités et obligations résultant des actes de commerce accomplis. Il en serait ainsi d'un officier ministériel qui se livrerait habituellement à des actes de commerce. C'est le cas d'un notaire qui spécule avec les fonds déposés par ses clients et se comporte en agent d'affaires, par exemple en se livrant à des spéculations immobilières avec l'argent de ses clients faisant ainsi d'une manière habituelle mais irrégulièrement des opérations de banque. (1).

2 - SITUATION DU COMMERCANT RETRAITE.

La faillite personnelle et la banqueroute peuvent être prononcées contre un débiteur qui était en état de cessation des paiements lors de sa retraite, ou encore contre un associé solidaire (associé en nom ou commandité) qui s'est retiré alors que la société était déjà en état de cessation des paiements.

On ne saurait en effet permettre à un commerçant en état de cessation des paiements de se retirer, en vendant son fonds, pour se soustraire aux poursuites collectives et aux sanctions. (2).

---

1 - Cf. Cass. Com. 2 fév. 1970. Rev. trim. dt. com. 1970, 493 obs. HOUIN.

2 - Cf. Cass. Com. 9 déc. 1968. Bull. Cass. 1968.4. n° 348.

3 - EXERCICE DU COMMERCE PAR PRETE NOM.

Le législateur a voulu sanctionner ceux qui se livrent"incognito" à une activité commerciale pour en éviter les conséquences néfastes surtout pour se soustraire à l'interdiction qui leur serait faite d'entreprendre une telle activité.

Le prête nom est celui qui fait le commerce en son nom pour le compte d'autrui. Il peut être puni de faillite personnelle et de banqueroute, car il se comporte en commerçant sans révéler aux tiers sa qualité de représentant. Mais celui qui exerce sous couvert d'un "homme de paille" encourt les mêmes sanctions.

Pratiquement il ne sera pas facile de découvrir qu'une personne physique a accepté de jouer le rôle "d'homme de paille" ; les relations de famille, ou même de concubinage permettront parfois de dire quelle est la véritable situation (1) ; mais le plus souvent, celui qui veut exercer le commerce sans encourir de responsabilité personnelle, préfèrera, pour masquer ses agissements, adopter la forme juridique de la société, qu'il s'agisse d'une société fictive ou d'une société véritable, abusant alors de la personnalité morale dans son intérêt personnel. (2).

---

1 - Pour deux époux ; Cf. Amiens 20 nov. 1962 : D.1963, 143.

2 - Infra. p. 31.

II - LES PERSONNES PHYSIQUES, DIRIGEANTS DE PERSONNES MORALES.

Jusqu'en 1967, la société personne morale pouvait être déclarée en état de faillite et les créanciers en état d'union, sans que les dirigeants soient frappés dans leur personne physique (hormis les cas de faillite commune).

En vertu des dispositions de la loi du 13 juillet 1967, les sanctions de la faillite personnelle et de la banqueroute pourront frapper la personne physique des dirigeants, indépendamment de la procédure collective.

Par ces mesures, le législateur a voulu atteindre ceux qui ont eu la maîtrise effective de la personne morale et qui ont réellement commis les faits reprochés.

Il importe peu qu'ils aient agi de manière apparente ou occulte, qu'ils aient été rémunérés ou non, et c'est ainsi que le tribunal pourra poursuivre les dirigeants de droit ou de fait.

A - LES DIRIGEANTS DE DROIT.

La loi se caractérise par une extension de la notion de dirigeant social, en s'appliquant aux dirigeants des personnes morales commerçantes, aux dirigeants de certaines personnes morales de droit privé et aux représentants permanents des personnes morales. Toutefois, probablement par inadvertance, les diri-

geants de groupements qui n'ont pas la qualité de société ne pourront être sanctionnés puisque la loi est d'interprétation stricte, et qu'elle ne les a pas expressément visés.

1 - LES DIRIGEANTS DE PERSONNES MORALES COMMERCANTES.

Les personnes physiques dirigeants de personnes morales commerçantes -c'est-à-dire les présidents, administrateurs, gérants, liquidateurs et dirigeants de droit de toutes les sociétés commerciales- lorsqu'elles ont gravement compromis les intérêts de celles-ci peuvent être sanctionnées. Il en est ainsi des associés d'une société en nom collectif ou d'une société de fait, des commandités d'une société en commandite, des gérants d'une S.A.R.L., du président du directoire, des directeurs généraux et administrateurs ou, le cas échéant, du président et des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme (1), du gérant d'une société en participation, du liquidateur ou de l'administrateur de toute société commerciale. (2).

---

1 - Cf. Paris 3ème Ch., 8 juillet 1975 : Gaz. Pal.1976, 29 janv., note M.A. SOLAL.

2 - L'article 30 du décret du 14 janvier 1938 (mod. L. n° 71.546, du 8 juillet 1971, déclare applicables les sanctions prévues aux articles L. 105, 106, 107, 108 et 109, aux dirigeants d'entreprises d'assurances qui se sont rendus coupables d'agissements mentionnés aux articles L. 106 à 109.

Le problème s'est posé de savoir si le dirigeant qui avait cessé ses fonctions avant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens pouvait être sanctionné, mais ces questions ne se posent plus sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. Les sanctions sont désormais attachées au prononcé de la décision contre les dirigeants de société à l'égard desquels certaines fautes sont reprochées.(1).

2 - LES DIRIGEANTS DE CERTAINES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE.

L'extension des procédures collectives de règlement du passif aux personnes morales de droit privé non commerçantes ne pouvait manquer de rejaillir sur la situation de leurs dirigeants.

Ainsi ceux-ci sont soumis à la faillite personnelle et à la banqueroute dès lors qu'ils commettent les faits constitutifs de ces sanctions.

Cependant la portée de l'article L. 104 est sensiblement restreinte par l'article L. 108, qui énonce les hypothèses dans lesquelles peut être prononcée la faillite personnelle facultative.

---

1 - Cf. Paris 3ème Ch., 3 mars 1967 : D.67, 470. Les déchéances sont dorénavant attachées à la faillite personnelle contre le dirigeant de société à l'égard duquel certaines fautes sont reprochées ; il peut certainement s'agir de dirigeants ayant cessé leurs fonctions avant la mise en règlement judiciaire ou en liquidation de biens (art. L. 104 et s.)

Le texte ne vise que les commerçants personnes physiques et les dirigeants de personnes morales commerciales, à l'exclusion des dirigeants de personnes morales non commerçantes.

Ces textes, qui établissent des déchéances, étant d'interprétation stricte, chaque article doit être limité au domaine d'application qui lui est propre, quelqu'illogique que soit la solution qui attribue un domaine plus large à la faillite personnelle obligatoire qu'à la faillite personnelle facultative.

Pour M. DERRIDA, l'explication peut être trouvée dans le fait que l'article L. 108 vise des faits moins graves que ceux des articles L. 106 et L. 107, et il faut se rallier à cette opinion. (1).

Mais ce n'est que pour les faits visés par l'article L. 108 que l'on doit adopter cette solution puisque l'article L. 109 et L. 130 n'opère pas cette distinction.

L'application de ces sanctions a été écartée pour les dirigeants des personnes morales "qui n'ont pas d'objet économique et ne poursuivent pas en droit ou en fait de but lucratif" ; ainsi pourront subir la faillite personnelle et la banqueroute les dirigeants de sociétés civiles, de coopératives, d'associations, de syndicats ou de congrégations à but lucratif, de groupements d'intérêts économiques, etc...

---

1 - F. DERRIDA : La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, Répertoire du Notariat Defrenois. n° 243. p. 267.

A cet égard se pose le problème de savoir si l'exclusion prévue par les articles L. 104. 3 in fine et L. 130. 2. est subordonnée à la double condition que la personne morale n'ait ni objet économique, ni but lucratif, ou si la réalisation de l'une de ces conditions seulement suffit à exonérer ses dirigeants.

De l'avis de la plupart de la doctrine, l'exigence légale apparaît cumulative (1) et les dirigeants d'une personne morale à objet économique mais sans but lucratif, ou sans objet économique mais à but lucratif, ne sont point à l'abri de sanctions qui peuvent engendrer leurs agissements. Les exceptions seront rares et concernent des personnes morales du type associations purement philantropiques ou de défenses d'intérêts strictement moraux ou culturels.

3 - LES REPRESENTANTS PERMANENTS DES PERSONNES MORALES.

Certaines difficultés peuvent naître lorsqu'une personne morale dirige un groupement soumis à une procédure collective : les personnes physiques qui sont ses propres dirigeants sont exposées aux mêmes mesures que les autres dirigeants sociaux.

---

1 - DERRIDA op. cit. n° 206, p. 233 - ARGENSON et TOUJAS, Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite, librairie technique, 4ème édit., t. 2, n°1419, p. 400. - JAUFFRET. Jurisclasseur commercial, art. 437 à 614. Fascicule C.20, n° 19, p. 5 pense cependant qu'il faut nuancer l'application de la faillite personnelle à l'égard du débiteur.

L'intention du législateur est évidente ; il n'a pas voulu qu'en exerçant leur activité personnelle derrière une personne morale qui servirait de bouclier, ces personnes physiques parviennent à se soustraire aux sanctions qu'il a édictées ; la personnalité morale devient plus transparente que jamais.

Cette solution posée par l'article L. 98 rejoint celle qu'avait déjà donnée la loi du 24 juillet 1966, dans ses articles 12, alinéas 2 et 91, le premier de ces textes prévoit que les dirigeants de la personne morale, qui est gérante d'une société en nom collectif, sont soumis aux mêmes règles et encourent les mêmes responsabilités, civile et pénale, que s'ils étaient gérants en leur nom propre, indépendamment de la responsabilité solidaire qui incombe à la personne morale gérante. Le second impose à la personne morale nommée administrateur d'une société anonyme, de désigner un représentant permanent, qui est soumis aux mêmes règles et encourt les mêmes responsabilités, civile et pénale, que s'il était administrateur à titre personnel. (1). Le législateur n'a pas envisagé le cas du gérant de S.A.R.L., car celui-ci est nécessairement une personne physique.

B - LES DIRIGEANTS DE FAIT.

Le législateur a voulu atteindre le véritable responsable de la mauvaise gestion et la possibilité de sanctionner par la faillite personnelle et les peines de la banqueroute les dirigeants de fait, et c'est là une des innovations majeures de la loi de 1967.

---

1 - OPPETIT : J.C.P. 1969, I, 2 227.

Jusqu'ici seuls les dirigeants de droit étaient responsables et les dirigeants de fait échappaient à toute répression. A maintes reprises, la Cour de Cassation avait refusé de les considérer comme des mandataires sociaux lorsqu'ils agissaient en fait, sans avoir été investis de leur pouvoir par les organes compétents. (1). Pour être conforme au principe d'interprétation restrictive des lois pénales, la solution n'en était pas moins extrêmement choquante. (2).

Il s'agit de sanctionner les nombreuses pratiques par lesquelles des individus peu scrupuleux prennent en main, de manière occulte, des sociétés. Ne voulant pas être dirigeants de droit pour des raisons diverses -crainte des responsabilités, interdictions- ils s'abritent derrière des prête-noms, qui ne sont que des hommes de paille, des "pantins dont les dirigeants de fait tirent toutes les ficelles" (3).

---

1 - *Cf. Cass. Crim. 17 oct. 1957 : S. 1958, 1, 225, note de DECHEIX. Crim. 28 fév. 1962 : Bull. 673.*

2 - *HOUIN : Rev. Trim. de Dt. Com. 1959, p. 13, note 2. HUET, banqueroute et délits annexes, les infractions commises à l'occasion des procédures collectives de liquidation et de renflouement des entreprises, in. Faillites, op. cit. p. 450, n° 20.*

3 - *ROBIN, les responsabilités pénales des dirigeants "de fait" des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966, Rec. Dt. Pénal 1967, p. 4.*

Dès lors il était injuste de ne pas les sanctionner.

La loi du 13 juillet 1967, s'inspirant de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui, pour la première fois, a permis d'engager la responsabilité pénale des dirigeants de fait (1), met fin à cette injustice.

La notion de dirigeant de fait semble simple et pourtant le législateur n'a pas donné de définition ; celle-ci paraît relever des constatations souveraines des juges du fond. (2).

Toutefois, son application à une espèce déterminée suscite un certain embarras car le législateur n'a pas précisé les critères selon lesquels elle peut être retenue. Plusieurs textes concernent le dirigeant de fait mais aucun ne donne une notion, que la doctrine a essayé de dégager.

---

1 - Art. 431, 463 et 478. V. TOUFFAIT et HERZOG "Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés", Rev. Sc. Crim. 1967, 777.

2 - Cf. Cass. Com. 15 janv. 1974, Bull. Civ. IV. n° 19 Rev. Soc. 1974. 308, note A. HONORAT (Melle) ; Cass. Com. 8 juin 1975, Bull. Civ. IV. n° 5.

1 - LES TEXTES.

Plusieurs textes concernent le dirigeant de fait (1) et la notion peut varier de l'un à l'autre. (2).

L'article L. 105 vise "les dirigeants de droit ou de fait rémunérés ou non", l'article L. 106 précise "occultes ou apparents" ; l'article L. 131 ajoute "... par personne interposée", plus explicite l'article L. 134 vise "tous les dirigeants de fait".

Tous dirigeants de droit ou de fait, l'assimilation est classique (3). Bien souvent un dirigeant en fonction dans les statuts ou par nomination ultérieure n'est pas celui qui dirige la société. En fait il n'est qu'un homme de paille et c'est un autre individu qui assure la direction de la société. C'est ce dernier qui est alors l'auteur véritable de la mauvaise gestion. Il est coupable : la faillite personnelle et la banqueroute pourront être prononcées contre lui.

Tous les dirigeants apparents ou occultes. Ce n'est semble-t-il qu'une nuance apportée par

---

1 - V ; par exemple les articles L. 101, L. 106, L. 107, L. 109 et les articles 401 et 463 de la loi du 24 juillet 1966.

2 - Cf. Cass. Crim. 1er fév. 1972 : Bull. Crim., n° 38, p. 89.

3 - Cf. Cass. Crim. 9 mars 1966 : D.S. 1966, som. 26 ; J.C.P. 67 ; II, 14 944, note BERNARD.

l'article L. 106 à la qualification de dirigeant de droit ou de fait. Le dirigeant apparent est bien souvent le dirigeant de droit, le dirigeant occulte est celui qui, en fait agit. Mais on peut imaginer un dirigeant de fait apparent et un dirigeant de droit occulte, ce dernier devra aussi subir les sanctions.

Tous dirigeants rémunérés ou non. La loi de 1967 renverse ici l'application des règles du mandat. Ces dirigeants sont les mandataires de la société et selon les termes de l'article 1992 du code civil la responsabilité du mandataire salarié est appréciée plus sévèrement que celle du mandataire dont le mandat est gratuit. Mais la liquidation des biens est grave si elle est due à la faute ou à l'imprudence d'un dirigeant, peu importe pour l'application de la faillite personnelle et de la banqueroute qu'il ait été rémunéré ou non, sa responsabilité sera la même. Il devait savoir en acceptant gratuitement de diriger une société, les conséquences graves que sa mauvaise gestion pouvait entraîner et les responsabilités qu'il encourt.

Toute personne ayant directement ou par personne interposée...

Par cette formule la loi de 1967 semble retenir une notion très large du dirigeant de fait, mais la doctrine et la jurisprudence ont eu l'occasion de la préciser.

2 - LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE.

La doctrine n'a pas donné de définition du dirigeant de fait qui peut être sanctionné de faillite personnelle et de banqueroute, aussi nous avons dû rechercher ailleurs une définition.

C'est sous la plume de M. J.L. RIVES-LANGE que nous trouvons une définition complète de la notion de dirigeant de fait au sens de l'article L. 99, relatif à l'action en comblement de passif social. (1).

Pour cet auteur :

"est un dirigeant de fait celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction".

Cette définition se décompose en trois éléments qui constituent autant de conditions dont la réunion est requise pour que la qualification de dirigeant de fait puisse être retenue.

1°) Une ACTIVITE POSITIVE, qui implique une participation effective à la gestion. (2). Cette

---

1 - *Cf. "La notion de dirigeant de fait", D. S. 1975. chron., p. 41.*

2 - *Cf. COLMAR, 13 janv. 1976, D.S. 1977, I. R. 54 ; AIX 30 sept. 1975, D. S. 1976, som. 2*

activité doit se traduire par des décisions concernant la gestion, de simples suggestions ou conseils ne sauraient suffire (1)

2°) Une activité positive de DIRECTION (2). Pour cela le syndic devra démontrer que la personne poursuivie exerçait des fonctions qui la mettaient en mesure de décider du sort de l'entreprise. (3).

3°) Une activité positive de direction exercée SOUVERAINEMENT, EN TOUTE LIBERTE et INDEPENDANCE. Ce qui signifie que le dirigeant de fait ne doit pas avoir de lien de subordination avec une autre personne. (4).

Malgré le mérite de clarté de cette définition il convient de préciser que la notion de dirigeant de fait n'est pas unitaire en droit positif. La notion est différente en fonction des actions engagées contre le dirigeant.

La jurisprudence opère une distinction entre les actions relatives :

- à la responsabilité ordinaire des dirigeants sociaux qui repose sur des fautes prouvées.

---

1 - Cf. Cass. Com. 23 mars 1971, Bull. Civ. IV, n° 91, p. 84.

2 - Cf. AIX en PROVENCE, 10 Avril 1974, D. 1974, som. p. 84.

3 - V. AIX, 21 avril 1971, D. S. 1972 - 164, note BERDAH

4 - V. BRIERE de l'ISLE, Rép. Dalloz Sociétés, V° DIRECTEUR, n°s 46 et 76.

- à la contribution au passif qui s'appuie sur une présomption générale de faute, rendant inutile la preuve d'une faute précise.

Dès lors, il y aurait une indépendance des deux actions et la notion de dirigeant de fait ne serait pas la même.

La jurisprudence admet que tout ou partie du passif social puisse être mis à la charge d'un administrateur, déclaré dirigeant de fait, alors qu'il n'a pas été inculpé à l'occasion des poursuites pénales suivies contre les dirigeants de sociétés. (1).

Cette solution est assez curieuse puisqu'un tribunal pourra retenir l'immixtion dans la gestion, tandis qu'une autre juridiction ne la retiendra pas. Pour notre part, nous sommes enclins à souhaiter une notion unitaire du dirigeant de fait et une décision récente se prononce en ce sens. (2).

De toute manière, que la notion de dirigeant de fait soit unitaire ou pas, nous devons constater la volonté de la jurisprudence de sanctionner le responsable de la cessation des paiements. Pour cela il

---

1 - Paris 2 mars 1976, Bull. Joly 1976. 253 et Cass. Com. 17 mai 1976, Bull. Joly 1976. 428

2 - Com. 2 mai 1977, D. S., 1977. IR. 448

faudra rechercher le véritable maître de l'affaire, qui, derrière les "hommes de paille" que peuvent être les dirigeants de droit, détient le pouvoir de décision. A cet effet, la définition de M. RIVES-LANGE doit être retenue.

Ainsi cette notion n'apparaît plus comme une notion de pur fait laissée à l'appréciation des juges du fond, mais comme une notion juridique soumise au contrôle de la Cour de Cassation.

Incontestablement, les dirigeants responsables seront plus nombreux que par le passé, et ils le seront d'autant plus que la loi a modifié les agissements ayant entraîné la cessation des paiements.

SECTION 2 - LA CONDITION DE CESSATION DES PAIEMENTS

Un débiteur ne peut être frappé de faillite personnelle et de banqueroute que s'il a cessé ses paiements.

Cette condition ne soulève pas de difficultés pour la banqueroute, dont elle est l'un des éléments constitutifs (articles L. 127 et L. 129).

Par contre elle n'est pas expressément prévue par la loi pour la faillite personnelle mais elle découle de l'économie générale des textes. (1).

La loi du 13 juillet 1967 n'ayant pas défini ce qu'il faut entendre par "cessation des paiements", il y a lieu de se référer à la jurisprudence et à la pratique antérieure, qui ont déterminé la notion et la nature des dettes impayées.

---

1 - BORD. "Le règlement judiciaire et la liquidation des biens" p. 278, n° 539. Librairie Dalloz 1969.

I - LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS.

Pas plus que le code de commerce ancien ou le décret de 1955, la loi du 13 juillet 1967 ne définit la cessation des paiements. Mais on s'accorde sur les grandes lignes et une abondante jurisprudence en a dessiné avec assez de fermeté les contours.

Théoriquement, la cessation des paiements n'est pas l'insolvabilité qui suppose que l'actif du débiteur est inférieur à son passif et n'est certaine qu'après la liquidation des biens du débiteur. (1).

La cessation des paiements est une notion plus brutale ; elle exprime le fait même qu'énoncent les mots employés : le débiteur ne paye pas à l'échéance ce qu'il doit. Il est peut être solvable, mais il n'acquitte pas ses dettes. On s'explique ainsi, que sans qu'il y ait lieu de taxer d'erreur le jugement qui a prononcé la liquidation de biens ou le règlement judiciaire, tous les créanciers se trouvent parfois finalement désintéressés. Il y a des procès qui se terminent par un règlement à 100 % des créanciers, comme l'enseignent les statistiques. Dans ces affaires, il y avait pourtant bien eu cessation des paiements.

Dans cette conception stricte et volontairement simpliste, le défaut de paiements d'une seule dette sufit à réaliser la cessation des paiements. Mais les choses ne se présentent pas de façon aussi simple.

---

1 - Cf. Cass. Com. 5 janv. 1977, D. 77. IR. 165.

Un commerçant en difficulté réussit toujours à masquer quelques temps son état ; il soutient son crédit par des emprunts désastreux ; il procède à des tirages de complaisance ; il s'acquitte bien des dettes proprement commerciales, mais il ne paye ni ses impôts, ni ses charges sociales... Si la cessation des paiements se présentait comme une panne de trésorerie, la condition requise ne serait pas satisfaite pendant tout ce temps.

Ainsi la conception stricte a-t-elle été progressivement abandonnée par la jurisprudence et par la doctrine. Les tribunaux ne se contentent plus de rechercher si, en fait, le commerçant n'a pas, au terme échu, payé quelques dettes. Ils examinent la situation dans son ensemble, les causes et les répercussions des défaillances du débiteur et reconnaissent la cessation des paiements lorsque deux conditions sont réunies :

1°) la situation financière est désespérée.

2°) et,
- soit il est dans l'incapacité de payer ses dettes ;
- soit il n'y réussit qu'en recourant à des moyens frauduleux ou ruineux.

Ils tendent ainsi à confondre la cessation des paiements avec l'insolvabilité et à substituer à la notion juridique classique de la cessation des paiements une notion économique plus complexe.

Cette évolution s'explique par le changement des structures économiques (développement du crédit et habitude des atermoiements) et convient à une époque de présocialisation où l'on tend à apprécier des situations individuelles à la lueur de l'intérêt général.

II - LA NATURE DES DETTES NON PAYÉES.

Jusqu'en 1967, le défaut de paiement d'une dette n'entraînait pas la faillite ou le règlement judiciaire. La qualification des dettes présentait de ce chef une grande importance.

Elle avait donné lieu à un vif débat pour les créances de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales dont on se demandait qu'elle était la nature. On avait fini par admettre qu'elles se rattachaient à l'activité commerciale et pouvaient donner lieu, en cas de non paiement à la déclaration de faillite. (1).

Par contre, les dettes d'impôts étaient tenues pour civiles. (2). D'où la pratique fâcheuse

---

1 - Cf. Cass. Com. 27 juin 1957, J.C.P. 1957 - II - 10 075, note NECTOUX.

2 - Cf. Cass. Com. 17 mars 1958, J.C.P. 1959. II - 10 915, note NECTOUX ; Bull. civ. III. p. 100, n° 122. Cependant si le défaut de paiement des impôts révélait que les dettes commerciales n'étaient pas payées et que la situation du débiteur était définitivement compromise, la procédure pouvait être ouverte, V. Com. 23 janv. 1968. Rev. trim. Dt. Com. 1968. 1134. n° 9, obs. HOUIN.

de certaines entreprises, qui se gardaient de la mise en faillite en payant leurs créanciers particuliers, mais qui accumulaient les dettes fiscales.

Depuis 1967 la constatation de l'état de cessation des paiements n'offre plus de difficulté de ce chef puisque l'article L. 2, alinéa 1er dispose que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens peut être ouvert : "sur l'assignation d'un créancier quelle que soit la nature de sa créance".

Bien que ce texte soit mal rédigé, car la notion de "nature" est ambigüe, il ne paraît pas douteux que l'intention du législateur ait été d'admettre que la cessation des paiements peut résulter du défaut de paiement du passif civil ou fiscal aussi bien que du passif commercial. De plus, lorsque le débiteur est une personne morale de droit privé non commerçante, il serait impossible d'exiger que la cessation des paiements porte sur des dettes commerciales. C'est dans ce sens que se prononce la jurisprudence (1) et la doctrine. (2).

---

1 - *Cf. Com. 9 oct. 1972, J.C.P. 1972. IV. 258 ; AIX, 22 mai 1969, J.C.P. 1970, II. 16 174, note SORTAIS ; Rev. trim. ch. Com. 1970. 496, obs. HOUIN.*

2 - *ARGENSON et TOUJAS, op. cit. t. 2, n° 14, p. 28 ; DERRIDA, op. cit., n° 28, p. 49, RIPERT par ROBLOT, t. 2, n° 2 576 ; BORD, op. cit, n° 36, p. 29 ; J. Y. CHEVALIER, in. Faillites, op. cit, n° 31, p. 79 ; RODIERE, Précis, t. 2, 7° éd., n° 264, p. 255 ; DELMAS (Mme) "Le non paiement des dettes civiles et la cessation des paiements, recherches autour de l'art. L. 2. al. 1er". Rev. trim. Dt. Com. 1970 - 641 et s. M. J. de GENTILE (Mme CAMPANA) "Le principe de l'égalité des créanciers chirographaires". Thèse Paris 1971.*

Il faut également remarquer que cette solution est logique du point de vue moral, comme le fait remarquer M. DERRIDA, le bon commerçant paye toutes ses dettes et non pas seulement ses dettes professionnelles. (1). Il serait scandaleux qu'un débiteur se procure du crédit au détriment de ses créanciers, et notamment du Trésor, afin d'obtenir une situation de supériorité sur ses concurrents.

Ainsi dès que l'entreprise des personnes, que nous avons déjà précisées, sera déclarée en cessation des paiements, les juridictions pourront ou devront les sanctionner pour les agissements que nous allons étudier.

---

1 - DERRIDA, op. cit.

SECTION 3 - LES CONDITIONS RELATIVES AUX AGISSEMENTS

La faillite personnelle et la banqueroute et la banqueroute ont le même caractère infamant et pour cette raison ne peuvent être prononcées que dans des cas expressément prévus par la loi.

Les termes des articles L. 106. s. et L. 127. s. révèlent une profonde analogie entre les agissements réprimés par ces deux sanctions.

Pour certains auteurs il s'agit des mêmes comportements. (1). D'autres, tout en leur reconnaissant un domaine commun très étendu, préfèrent distinguer chaque sanction dans son domaine propre. (2).

---

1 - *A. HONORAT (Melle), problèmes d'application dans le temps de la loi du 13.07.1967, in. Mélanges offerts à D. BASTIAN, p. 148, n° 15. G. de LESTANG, des aspects commerciaux du droit pénal, rev. jurisp. com. et jour. des agréés, 1972, p. 170. G. FANGAIN, faillite personnelle et réhabilitation, Gaz. Pal. 1971, 1, 260.*

2 - *F. DERRIDA, la réforme, op. cit, p. 255, n° 231.*

Bien que les textes ne soient pas absolument identiques (1), nous pensons que le législateur a voulu assigner à ces deux sanctions un domaine similaire, car les situations énumérées par les articles L. 104. s. et L. 126. s. sont très semblables et se recoupent souvent. Par ailleurs des dispositions très générales permettent de superposer la faillite personnelle et la banqueroute.

I - LES AGISSEMENTS DES ARTICLES L. 104. S, L. 126. S. ET L. 130. S.

Aux termes des articles L. 104. s., L. 126. s. et L. 130. s., nous constatons que certains faits sanctionnés par la faillite personnelle et la banqueroute sont identiques alors que d'autres divergent plus ou moins.

A - LES SITUATIONS IDENTIQUES.

La plupart des cas de faillite personnelle et de banqueroute sont identiques, dix cas sur seize sont rédigés en termes similaires et visent des situations analogues.

---

1 - *Les rédactions des articles L. 106. s. et L. 127. s. ne découlent pas de la même loi, le législateur de 1967, reprenant avec très peu de retouches les termes de loi de 1958 sur les banqueroutes.*

De plus, la loi de 1967 a opéré dans ses articles 106 à 109 la même distinction parmi ses causes que celle déjà réalisée pour la banqueroute :

- certaines ont un caractère obligatoire, le tribunal ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation lorsque les faits sont établis.
- d'autres ont un caractère facultatif, le tribunal pouvant ne pas les prononcer bien que les faits soient établis.

1 - CARACTERE OBLIGATOIRE DES SANCTIONS.

Lorsque la preuve de certains faits répréhensibles est établie, le tribunal doit prononcer la faillite personnelle et la banqueroute du commerçant ou du dirigeant dont la conduite se révèle très gravement coupable.

Ces agissements sont visés par les articles L. 106, L. 107, L. 129 et L. 131. s, car tous les délits assimilés à la banqueroute doivent être prononcés dès lors que les éléments sont réunis, sans que le juge puisse exercer son pouvoir d'appréciation.

En fonction de la gravité des faits on peut opérer une distinction entre les agissements caractérisés par la fraude et ceux qui résultent d'une faute.

a) Les agissements caractérisés par la fraude.

Les agissements sont visés par les articles L. 106. 1, L. 129 et L. 133. Avec davantage de sobriété l'article L. 106. 1 reprend les trois cas de l'ancien article 614-II du Code de Commerce, punis par la banqueroute frauduleuse et trois des situations selon lesquelles la faillite était obligatoirement prononcée, excluant le bénéfice du règlement judiciaire.

La loi du 13 juillet 1967 a repris ces agissements fautifs dans ses articles 129 et 133 pour les réprimer par la banqueroute frauduleuse. En plus de la gravité de l'élément matériel ils sont caractérisés par l'idée de fraude.

1°) les faits matériels prévus par les articles L. 106. 1, L. 129 et L. 133.

Aux termes de ces articles la loi du 13 juillet 1967 prévoit trois cas distincts de faillite personnelle obligatoire, de banqueroute frauduleuse et de délits assimilés :

. la soustraction de la comptabilité
. le détournement ou la dissimulation d'une partie de l'actif
. la reconnaissance frauduleuse de dettes.

- la soustraction de la comptabilité.

Une telle soustraction est particulièrement grave puisqu'elle a pour conséquence de faire disparaître les preuves des engagements pris par le commerçant ou par la société et de dissimuler sa véritable situation.

La soustraction de la comptabilité implique nécessairement un fait positif de suppression ou de dissimulation. L'absence de livre, leur tenue irrégulière ne peuvent être confondus avec la soustraction de comptabilité. L'altération frauduleuse de la comptabilité ne peut être assimilée à la soustraction des livres, mais elle doit être considérée comme un détournement ou une dissimulation d'actif ou comme une exagération du passif ; elle peut aussi constituer le délit de faux en écriture de commerce. (1).

Il ne saurait cependant être question d'exiger, pour admettre l'application de ce cas de faillite personnelle obligatoire et de banqueroute frauduleuse, une soustraction totale de la comptabilité. Compte tenu de l'esprit général du système qui vise à assurer l'élimination de la vie commerciale du débiteur défaillant de mauvaise foi, toute soustraction d'une pièce essentielle de la comptabilité, doit être tenue pour un cas de soustraction de comptabilité. (2).

---

1 - Cf. Crim. 11 juil. 1902 : D. 1906, 1, 535

2 - Cf. HOUIN : D. Encyclopédie. dr. com., "Faillite", n° 179.

Dans la très grande généralité des cas, la soustraction de la comptabilité sera le fait du débiteur lui même. On peut, toutefois, envisager la réalisation de ces faits par des tiers. (1).

- le détournement ou la dissimulation d'une partie de l'actif.

L'ancien article 591 du Code de Commerce punissait le commerçant qui avait détourné ou dissimulé une partie de son actif. Le terme "dissimulé" était beaucoup plus précis que le terme "dissipé" introduit par l'ordonnance du 23 décembre 1958 et conservé par la loi du 13 juillet 1967. Sous l'empire du texte primitif il avait été jugé que le détournement ou la dissipation de l'actif constituaient deux infractions distinctes, qui pouvaient exister indépendamment l'une de l'autre. (2). Actuellement il devient difficile d'établir la frontière exacte entre le détournement et la dissipation de l'actif. Peut être le détournement vise-t-il le déplacement par le commerçant de tout ou partie des objets ou valeurs constituant le gage de ses créanciers dans le but de se les réserver, alors que la dissipation vise le même fait accompli dans le but d'en faire profiter un tiers, un conjoint, un parent, ou un ami.

---

1 - Cf. Alger 1er juillet 1958, J. C. P. 58, II, 10 354, note M. DERRIDA.

2 - Cf. art. 408 du C. P.

Les définitions concernant l'abus de confiance ne sauraient s'appliquer ici. (1).

Le terme "dissipé" ne semble pas concerner la dilapidation par le commerçant de sa fortune ; en effet cette dilapidation est punie des peines de la banqueroute simple (articles L. 127. 1 et 2, L. 128. 1). Sans doute ce délit consiste-t-il en de simples négligences, abstraction faite de toute intention frauduleuse, aussi est il possible de concevoir que les mêmes faits soient punis tantôt des peines de la banqueroute frauduleuse, selon qu'ils ont été accomplis dans un but frauduleux, et tantôt de la banqueroute simple. Mais autant il est facile de déceler la fraude lorsqu'il y a eu dissimulation d'une partie de l'actif, autant il devient impossible d'y parvenir lorsque le commerçant a gaspillé une partie de sa fortune au détriment de ses créanciers.

De toute manière la faillite personnelle s'appliquera dans l'un et l'autre cas.

- la reconnaissance frauduleuse de dettes.

La reconnaissance de dettes fictives est un procédé souvent employé par un commerçant ou un dirigeant, au moment où il sent sa situation ou celle de sa société péricliter, en vue de pouvoir par une entente frauduleuse avec des tiers se réserver pour l'avenir des ressources qui échappent ainsi à ses véritables créanciers.

---

1 - Cf. art. 408 du C. P.

Avant la loi du 13 juillet 1967, cet agissement était prévu dans les anciens articles 448 et 614-II du code de commerce. Le texte était identique pour ces deux articles : la faillite et la banqueroute frauduleuse étaient prononcées contre celui "qui soit dans ses écritures, soit par des actes publics, ou des engagements sous signatures privées, soit dans son bilan, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas".

Ce même texte est reproduit par l'article L. 129. 3 relatif aux cas de banqueroute frauduleuse. Mais le libellé de l'article L. 106. 1 est plus général :

> "ceux qui ont reconnu frauduleusement des dettes qui n'existaient pas".

Le changement de formule recouvre pour la faillite personnelle un domaine d'application plus étendu. Tous les moyens écrits de se reconnaître fictivement débiteur sont prévus ; les actes publics ou sous seing privé, la modification du bilan. Le législateur a voulu sanctionner l'aveu mensonger fait par un débiteur se prétendant faussement débiteur, ou le fait de s'être prétendu seulement débiteur devant témoin. La loi de 1967 a voulu inclure, en plus de la reconnaissance par écrit, l'aveu oral. En effet en matière commerciale, la preuve par tous moyens peut être rapportée.

2°) l'intention frauduleuse.

Pour sanctionner ces agissements l'élément matériel ne peut être retenu que si le commerçant ou le dirigeant a fait preuve d'intention frauduleuse à l'égard de ses créanciers ou des créanciers de la personne morale qu'il dirige. Cela résulte clairement de l'article L. 106. 1 dans lequel figure le mot "frauduleusement". Par ailleurs il est indiscutable que c'est un élément essentiel du délit de banqueroute frauduleuse.

Pour être retenue, elle doit consister dans la connaissance par le commerçant ou le dirigeant de l'état de cessation des paiements de son entreprise et de sa volonté de soustraire à ses créanciers une partie de son patrimoine.

Il n'est pas nécessaire que cette volonté de soustraire à la masse une partie de son patrimoine s'accompagne de l'intention de nuire à ses créanciers pour que l'élément intentionnel soit constitué. (1). Un inculpé a été condamné alors qu'il soutenait que les manoeuvres qui lui étaient reprochées avaient pour but non de nuire à la masse de ses créanciers, mais seulement d'échapper à une condamnation correctionnelle. (2). Il y a là une simple application de la distinction classique entre le mobile et l'intention criminelle.

---

1 - *Cf. Cass. Crim. 10 nov. 1974 : J. C. P. 65, II, 14 146, note P. D. M. ; Rev. trim. dr. com. 1965, 176, obs. HOUIN. Ainsi la soustraction totale ou partielle de la comptabilité suppose nécessairement un acte positif de détournement que n'implique point l'absence ou la tenue irrégulière des livres ; la soustraction peut d'ailleurs être reprochée aux héritiers du débiteur comme si elle émanait de ce dernier (ALGER 1er juil. 1958 : J. C. P. 58, II, 10 354 note DERRIDA ; Rev. trim. Ch. Com. 1960, 642, obs. HOUIN). De même le détournement ou la dissimulation d'une partie de l'actif de l'entreprise démontre la volonté du débiteur d'en mettre le montant hors de portée de ses créanciers, quelle que soit l'époque à laquelle il l'a fait (Cf. Cass. Crim. 14 nov. 1872 : Bull. Crim., n° 269), dès lors qu'il avait conscience de sa fraude (Amiens 19 mai 1964 : Rev. trim. dr. com. 1964, 397, obs. HOUIN). Tel est aussi le cas de la présentation d'un bilan falsifié et du défaut de comptabilité régulière (Cass. Com. 26 fév. 1973, Vue Michel c. DURRMOYER, inédit).*

2 - *Cf. Cass. Crim. 23 juin 1893 : D. 95, 1, 519.*

b) Les agissements résultant d'une faute.

Ces agissements sont visés par les articles L. 107, L. 127 et L. 131, la rédaction de l'article L. 107 démontre la volonté du législateur de sanctionner les mêmes faits par les deux sanctions. Reprenant l'article L. 106.5, il précise les agissements qui sont présumés "notamment" de mauvaise foi.

Comme dans les cas précédents l'élément matériel joue un rôle important mais la différence essentielle tient à l'élément intentionnel qui ne nécessite que la commission d'une faute.

1°) les faits matériels prévus par les articles L. 107, L. 127 et L. 131.

Aux termes de ces articles la loi du 13 juillet 1967 sanctionne les agissements suivants :

- exercice d'une activité commerciale contrairement à une interdiction prévue par la loi.
- absence d'une comptabilité conforme aux usages de la profession.
- achat pour revendre au dessous du cours dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements.
- dépenses personnelles ou de maison, excessives.
- consommation de sommes élevées dans des opérations de pur hasard.
- souscription pour le compte d'autrui d'engagements jugés trop importants.
- poursuite abusive d'une exploitation déficitaire.

- l'exercice d'une activité commerciale contrairement à une interdiction prévue par la loi. (articles L. 107. 1 et L. 127.6).

L'utilité de cette disposition s'est accrue du fait que l'interdiction d'exercer une activité commerciale qui frappe un débiteur en état de faillite personnelle ne comporte plus de sanction pénale. (1). L'interdiction a été reprise par l'article L. 105, alinéa 2 mais elle n'a été assortie d'aucune sanction pénale. (2).

Le législateur a voulu sanctionner la moralisation des activités qu'il vise, mais il n'y introduit pas l'élément professionnel et le champ d'application de cette disposition se trouve très étendu.

En premier lieu il s'agit des interdictions générales d'exercer le commerce,

. celle de la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions commerciales et industrielles.

---

1 - L'article 1er 12° de la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales a été abrogé par l'article 159 de la loi du 13 juillet 1967.

2 - Cf. DERRIDA, "un vide législatif à combler. A propos de l'interdiction d'"exploiter" une activité commerciale" : D. S. 1968, chr., p. 95.

. celle de l'article 1750 du code général des impôts susceptible d'être prononcée contre des contribuables coupables de certaines fraudes fiscales particulièrement graves.

. celle qui frappe les étrangers qui n'ont pas la carte d'identité de commerçant. (1).

. toutes celles enfin qui résultent de l'exercice d'autres professions. (2).

Ce sont en second lieu, les interdictions particulières à l'exercice de certaines professions : banquier, démarcheurs, débitants de boissons intermédiaires dans la vente de fonds de commerce, dirigeants d'entreprises d'édition, de presse, de radio ou de cinéma, courtiers d'assurance, notamment.

- l'absence d'une comptabilité conforme aux usages de la profession. (articles L. 107.2, L. 127.5 et L. 131.5).

L'ancien article 614. 6, 6° décidait qu'était passible des peines de banqueroute simple obligatoire le commerçant qui n'avait "tenu aucune comptabilité". L'actuel article L. 127. 5 et l'article L. 107. 2 sont identiques et quelque peu

---

1 - *L. L. 12 nov. 1938, art. 1er, modifié L. 8 oct. 1940. Il semble d'ailleurs qu'en 1958, ce cas de banqueroute ait été adopté en vue spécialement de sanctionner l'activité des étrangers non munis de la carte de commerçant.*

2 - *Liste des incompatibilités : RIPERT et ROBLOT, traité Elementaire de droit commercial, 8° éd. 1974, t. I n. 281. s. p. 145.*

différents de l'ancien article 614. 6. Mais le législateur de 1967 a repris mot pour mot l'ancienne formule de l'alinéa 3 de l'ancien article 448 relatif aux cas de faillite obligatoire. Ce n'est pas en l'absence de toute comptabilité, mais "d'une comptabilité conforme aux usages de la profession et eu égard à l'importance de l'entreprise" qui doit être sanctionnée par les peines de la banqueroute simple obligatoire et les déchéances de la faillite personnelle obligatoire.

L'interprétation de ce texte est assez délicate et la jurisprudence a admis qu'il appartenait aux tribunaux d'apprécier à cet égard souverainement (1), si l'intéressé non seulement a tenu les documents comptables imposés par la loi, mais si sa comptabilité est conforme aux usages de la profession d'après l'importance de l'entreprise, ce qui permettrait de l'exonérer de la tenue de certains livres lorsque son affaire est dérisoire, mais d'exiger au contraire une comptabilité renforcée pour une affaire de grande envergure (2), sauf à tenir compte de sa bonne foi s'il parvient à combattre la présomption de l'article L. 107. (3).

---

1 - Cf. Cass. Com. 22 juil. 1958 : Bull. civ. III, n° 323 et 324. Cass. Com. 4 janv. 1960 : Bull. civ. III n° 5.

2 - Cf. Rennes 21 mars 1967 : Rec. Rennes 1957, IV, p. 11. Alger. 1er juil. 1958 : J. C. P. 58, II, 10 854, note M. DERRIDA.

3 - Cf. Cass. Com. 11 juil. 1960 : D. 1961, 685 note Melle HONORAT.
Cass. Com. 14 mars 1961 : Bull. civ. III, n° 136.
Cass. Com. 6 déc. 1965 : Bull. civ. III, n° 626.

- les achats pour revendre au dessous du cours dans l'intention de retarder la cessation des paiements. (articles 107. 3, 127. 3 et 131. 2).

Dans les articles L. 107. 3, L. 127. 3 et L. 131. 2 le législateur a voulu incriminer le fait par le commerçant ou le dirigeant, qui se rend compte de l'imminence de la constatation de la cessation de ses paiements, de recourir pour retarder celle-ci à des procédés qui peuvent avoir pour effet de la reculer pour un temps, mais qui augmentent l'importance du passif. Ces procédés très préjudiciables aux créanciers sont fréquents et doivent être sanctionnés. (1).

Mais les sanctions instituées par ces textes ne sauraient être caractérisées lorsque la procédure ne contient aucune indication sur la nature et les quantités de marchandises achetées et vendues dans ces conditions, ni sur les prix et modalités de ces achats et de ces ventes, ni sur le cours de ces mêmes marchandises au moment où elles sont vendues. (2).

---

1 - Cass. Crim. 10 avril 1913 : D. 1915, 1, 41, note Percerou.- Paris 23 mai 1959 : D. 1959, 341 ; Rev. trim. dr. com. 1959, p. 770, n° 21, obs. HOUIN.- Trib. com. Nice 8 déc. 1964 : Rev. Syndics et Admin. jud. 1965, p. 47, n. 41.-

2 - Trib. Gr. Inst. Seine 12 oct. 1965 : D. S. 1966, somm. p. 47.-

L'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements est une des conditions essentielles de cette incrimination. La vente à perte peut, en effet, être imposée par les circonstances, (1), ou résulter d'une simple maladresse de gestion. Dans de telles hypothèses, l'élément intentionnel fait défaut et les peines de la banqueroute sont inapplicables. (2). En revanche, la seule liquidation de marchandises dans des conditions désastreuses, si elle est faite pour retarder la constatation de la cessation des paiements, peut être considérée comme un moyen ruineux de se procurer des fonds.

Les tribunaux ont, en effet, le pouvoir d'apprécier souverainement le caractère ruineux du procédé employé.

- les dépenses personnelles ou de maison, excessives. (articles L. 107. 4 et L. 127. 1).

Malgré les apparences les dépenses personnelles ou de maison excessives ne sont pas seulement le fait du commerçant individuel mais peuvent être reprochées aux dirigeants sociaux tendant par un train fastueux de rassurer sinon d'éblouir les créanciers de la personne morale.

---

1 - En particulier s'il s'agit de denrées périssables.

2 - Traité de Droit Commercial de Lyon - Caen, Renault et Amiaud, t. VIII, n. 941.

Comme dans le cas précédent les articles L. 107. 4 et L. 127. 1 reprennent en termes identiques les anciens articles 575 et 614.6. 1° du code de commerce, relatifs à la conversion facultative du règlement judiciaire en faillite et à la banqueroute simple obligatoire. Là encore, la jurisprudence antérieure pourra être utilisée.

C'est ainsi qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement le caractère excessif ou non des dépenses, leur décision échappant au contrôle de la cour de Cassation.

Les juges dans leur pouvoir d'appréciation peuvent recourir à l'examen de la comptabilité comme à tous autres éléments de fait pour déceler la nature exagérée des dépenses et de la dilapidation habituelle reprochable au débiteur ou au dirigeant. (1).

---

1 - Cass. Crim. 7 juil. 1898 : Bull. Crim., n° 244.- Cass. Crim. 18 déc. 1940 : Gaz. Pol. 1941, 1, 156.- Trib. correct. Béthune 19 mars 1965, Gaz. Pol. 1965, 2, 279 ; qui estime que si l'on déduit des dépenses effectuées celles qui l'ont été pour le compte de l'entreprise, peuvent être considérées comme justifiées pour un chef d'entreprise des dépenses s'élevant à environ 2 500 F. par mois en 1962.

Cette jurisprudence est approuvée par la doctrine :

HOUIN, Rev. trim. dr. com. 1965, p. 899, n° 18.

BOUZAT, Rev. trim. dr. com. 1966, p. 169, n° 6.

HONORAT (Melle). juris-classeur com. fasc. J. 60

- la consommation de sommes élevée dans des opérations de pur hasard. (articles L. 107. 5, L. 127. 2 et L. 131. 1).

En reprenant la formule de l'ancien article 575. 7° du code de commerce l'article L. 107.5 diffère d'un mot de l'ancien article 614. 6. 6° et des articles L. 127.2 et L. 131.1. En matière de banqueroute simple les opérations fictives sont ajoutées aux opérations de pur hasard, seules retenues par le législateur de 1967 pour l'application de la faillite personnelle obligatoire.

Cette différence de rédaction a-t-elle été voulue par le législateur ? A-t-on voulu que le domaine de la banqueroute soit plus étendu que celui de la faillite personnelle ? Ou bien est-ce seulement une inadvertance de rédaction, le législateur en rédigeant l'article L. 107. 5 ayant pris comme modèle l'ancien article 575 et en rédigeant les articles L. 127. 2 et 131. 1, l'ancien article 614. 6 ?

Il semble que cette dernière hypothèse soit exacte. Cependant une opération de pur hasard n'est pas la même chose qu'une opération fictive et selon l'interprétation que l'on donne de ce texte, le domaine d'application de la banqueroute pourra être plus étendu que celui de la faillite personnelle.

Selon la jurisprudence antérieure toute liberté d'appréciation était laissée aux juges non seulement pour l'appréciation de "sommes élevées" des dépenses mais aussi de leur nature, de pur hasard ou fictives. La Cour de Cassation ne peut ici encore contrôler leur décision sur ce point. (1).

2°) la faute

Les agissements prévus aux articles L. 107, L. 127 et L. 131 sont caractérisés par l'absence d'intention frauduleuse. (2). Ils résultent d'une faute, ou d'une négligence, que les juges du fond apprécient souverainement. Le tribunal doit constater la faute, ou la négligence, indépendamment de la matérialité des faits qui ont été constatés et qui lui sont reprochés. (3).

Autrement dit cette faute, ou cette négligence, ne procède pas nécessairement de la violation volontaire par le commerçant ou le dirigeant de ses

---

1 - *Cf. Cass. Crim. 7 juil. 1898, op. cit. ; Cass. Crim. 18 déc. 1940, op. cit. ; trib. correct. Bethume 13 mars 1965, op. ct.*

2 - *Cf. Cass. Crim. 2 juin 1870 : S. 70, 1, 412 ; D. 70, 1, 286 - 12 nov. 1941 : D.A. 42, 35 - 16 mars 1959 : Bull. n° 182, p. 361 - 9 fév. 1966 : J.C.P. 66, IV, éd. G. 41*

3 - *Cf. Cass. Crim. 20 oct. 1899 : S, 1901, 1, 543 - 2 nov. 1951 : Rev. trim. ch. com. 52, 168 - Paris 26 janv. 1959 : Rev. trim. dr. com. 59, 341 - Cass. Crim. 27 avril 1971 : D. 71, sous 111.*

obligations, ni de là conscience de son état de cessation des paiements, mais peut précisément consister dans le fait d'avoir méconnu la situation à laquelle ses agissements l'ont, en définitive, réduit. (1).

L'article L. 107 édicte une présomption de mauvaise foi mais il semble que cette présomption légale soit une présomption simple. (2).

2 - CARACTERE FACTULTATIF DES SANCTIONS.

Lorsqu'une personne se trouve de son propre fait dans une des situations prévues par les article L. 108 et L. 128, le juge aura la faculté de prononcer la faillite personnelle et la banqueroute en appréciant les circonstances de la cause, sans qu'il soit tenu de s'expliquer à cet égard. (3).

Comme pour les agissements précédents le tribunal devra examiner la réalisation des faits matériels et apprécier la faute commise. Cette dernière ne soulève guère de difficulté puisqu'il s'agit des mêmes éléments, par contre il n'en est

---

1 - Cf. note TOUFFAIT et HERZOG, sous Douai 2 nov. 1956.

2 - D. 1958, 450. op. cit. Cf. Cass. com. 11 juil. 1960 : D. 1961, 8(note HONORAT.

3 - Op. cit. Cass. Crim. 7 juil. 1898 ; Trib. correct. Bethune 19 mars 1965.

pas ainsi pour les faits matériels, qui sont :

- la non déclaration dans les quinze jours de la cessation des paiements.

- la souscription pour le compte d'autrui d'engagements jugés trop importants.

a) la non déclaration dans les quinze jours de la cessation des paiements.

Les articles L. 108. 2, L. 128. 3, et 131. 6. reprennent exactement le texte de l'ancien article 575 1er du code de commerce relatif aux cas de conversion facultative du règlement judiciaire en faillite.

L'article L. 128. 3 prévoit aussi que la non déclaration de la cessation des paiements dans le délai de quinze jours est un cas de banqueroute simple facultative, mais le texte précise que la banqueroute pourra être prononcée si le débiteur peut invoquer une excuse légitime. La différence entre l'article L. 108 2 d'une part et les articles L. 128. 3 et L. 131. 6 d'autre part, se justifie parfaitement : "la banqueroute est un délit, elle est donc plus infamante que la faillite personnelle et le débiteur qui peut invoquer une excuse légitime ne doit pas être condamné. Mais, ainsi que la jurisprudence l'admettait avant 1958 -qui a ajouté les mots "sans excuses légitimes"- le débiteur qui, en raison d'un cas de force majeure, n'aura pu faire la déclaration de la cessation des paiements dans le délai requis ne pourra pas être

sanctionné par la faillite personnelle. (1). Le texte de l'article L. 108 - 2 précise que ce qui doit être déclaré c'est la cessation des paiements et donc, le fait de ne pas accompagner celle-ci du dépôt du bilan ne doit pas permettre de prononcer la faillite personnelle.

b) la souscription pour le compte d'autrui d'engagements jugés trop importants. (articles L. 107-6, 128-1 et 131-4)

Dans ce cas précis le parallélisme entre les deux sanctions n'est pas parfait puisqu'après avoir constaté la souscription pour le compte d'autrui d'engagements jugés trop importants le tribunal devra prononcer obligatoirement la faillite personnelle et le délit de l'article L. 131-1. De plus il pourra apprécier les faits avant de prononcer la banqueroute simple.

De toute manière ces articles recouvrent le même agissement sanctionné avant 1967 par les anciens articles 614-7 1° et 575-9° du code de commerce.

L'ancien article 614-7 1° a été repris par l'article L. 128-1, le texte de l'ancien article 575-9°

---

1 - Cf. TOUFFAIT et HERZOG : J.C.P. 59,I, 1473 - Obs. HOUIN Rev. trim. dr. com. 1965, p. 7.

étant le même. La rédaction était alors celle-ci "la banqueroute simple (ou la faillite) pourra être prononcée si le débiteur a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables en égard à sa situation lorsqu'il les a contractés".

On constate quelques modifications terminologiques ; le débiteur souscrit des engagements sans contrepartie dans le texte de l'article L. 107-6 ; il contractait des engagements sans recevoir des valeurs en échange dans les anciens articles 575 et 614-7 et l'actuel article L. 127. Rien n'est en fait changé. Mais il y a une précision de plus dans l'article L. 107-6 ; la souscription pour le compte d'autrui. L'engagement trop important doit s'apprécier non plus seulement en égard à la situation du débiteur mais aussi par rapport à celle de son entreprise.

Ce n'est qu'un affinement, mais qui a sa valeur, pour apprécier la gravité de la faute du débiteur ou du dirigeant de l'entreprise.

Selon la jurisprudence antérieure, les effets de complaisance créés par le commerçant en état de cessation des paiements dans l'intérêt d'un tiers, le fait pour un banquier de négocier des valeurs qu'il savait fictives, de tels engagements étant hors

de proportion avec sa situation (1), les remises de fonds sans contreparties (2) et d'une manière générale tout acte de générosité sans proportion avec les ressources et la situation du commerçant entraîneront la faillite personnelle et la banqueroute.

B - LES AUTRES SITUATIONS.

Tous les cas de faillite personnelle et de banqueroute ne correspondent pas exactement, toutefois certains apparaissent assez analogues alors que d'autres sont très différents.

1 - LES SITUATIONS ANALOGUES

Comme pour les agissements précédents certains sont caractérisés par la fraude et les autres résultent d'une faute.

a) agissements caractérisés par la fraude

Pour sanctionner ces agissements, le juge devra constater l'existence de l'intention frauduleuse, du commerçant ou du dirigeant, à l'égard de ses créanciers ou des créanciers de la personne morale qu'il dirige.

---

1 - Cf. Cass. Crim. 29 mai 1902, Bull. crim. n° 196 , D. 1902, 371, Gaz. Pal. 1902, 2, 65 ; S. 1906, 1, 371.

2 - Cf. Cass. Crim. 21 nov. 1879 : Bull. crim. n° 198.

1°) activité commerciale exercée soit par personne interposée, soit sous le couvert d'une personne morale masquant leurs agissements. (art. L. 106-2, L. 131 et L. 133)

Cette situation n'est ni un cas de banqueroute ni un ancien cas de conversion du règlement judiciaire en faillite. Cependant la faillite et les déchéances qu'elle entrainait étaient étendues au maître de l'affaire qui dissimulait une activité personnelle sous le couvert de la société. En outre, l'ancien article 614-19 du code de commerce prévoyait que les peines de la banqueroute frauduleuse étaient applicables aux personnes qui faisaient le commerce sous le nom d'autrui. Mais pour que ce texte fut applicable, il fallait que soit relevée une dissimulation dans l'exercice du commerce sous le couvert d'un tiers. (1).

L'idée n'est pas nouvelle dans notre droit. Les articles 431 et 478 de la loi du 24 Juillet 1966 répriment d'ailleurs les agissements de ceux qui, directement ou par personne interposée, ont en fait exercé la gestion d'une S.A.R.L. sous le couvert ou aux lieu et place de son gérant, ou la direction, l'administration ou la gestion d'une société anonyme sous le couvert ou aux lieu et place des représentants légaux de celle ci.

---

1 - Cf. Cass. Crim. 7 juil. 1966 : Bull. Crim. n° 197 ; D. 66, 114 ; J.C.P. 66, IV éd. G. 121 ; cassant DOUAT 29 oct. 1965 : Rev. trim. dr. com. 1966, p. 121, observ. HOUIN.

Plus généralement encore, les articles L. 131 et L. 133 répriment les actes qu'ils visent commis par toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé une société en état de cessation des paiements, quelle qu'en soit la forme, sous le couvert et aux lieu et place de ses représentants légaux.

2°) l'usage des biens sociaux comme des biens propres. (article L. 106-3)

L'article L. 106-3 reprend avec plus de concision l'ancien article 446 du code de commerce qui disposait que la faillite pouvait être déclarée commune "à toute personne qui sous le couvert de la société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé des biens sociaux comme des biens propres".

Ce cas de faillite personnelle ne se retrouve pas parmi les cas de banqueroute mais constitue un délit de la part des dirigeants de S.A.R.L. (1) ou de sociétés par actions. (2).

On peut toutefois se demander si l'usage des biens sociaux doit avoir été préjudiciable aux intérêts de la société ou s'il suffit que le dirigeant ait puisé dans les biens sociaux, sans même que la société

---

1 - Art. 425-4° de la loi du 24 juillet 1966.

2 - Art. 437-4° de la loi du 24 Juillet 1966.

ait éprouvé de dommages. Mais, si la société est en état de cessation des paiements, il est évident que la conduite de ses dirigeants est en cause. La preuve de la fraude résultera notamment de la comptabilité. (1).

Il faut, d'autre part, remarquer que le grief d'usage des biens sociaux comme de ses biens propres peut être reproché aux dirigeants des sociétés commerciales comme à ceux des personnes morales non commerçantes.

3°) dol ayant permis d'obtenir un concordat par la suite annulé. (article L. 106-4)

L'article L. 106-4 n'est que la reprise de l'ancien article 574-2 du code de commerce, qui prévoyait les cas obligatoires de conversion du règlement judiciaire en faillite. La faillite devait être prononcée, à tout moment du règlement judiciaire, lorsque le concordat était annulé. Cette annulation ne pouvait intervenir qu'en cas de dol prouvé, et donc de fraude, elle rejoint l'un des cas de banqueroute frauduleuse : détournement ou dissimulation d'actif. (2)

Le texte de l'article L. 106-4, reprend, semble t-il, l'interprétation que la jurisprudence

---

1 - *Cf. Cass. Com. 14 nov. 1973 ; Bull. civ. IV, n° 328 p. 292.*

2 - *Sufra p.* .

avait donnée de l'ancien article 574-2°. Son texte est moins laconique, il explicite l'interprétation déjà donnée à l'occasion des cas de conversion du règlement judiciaire en faillite. Si le concordat est annulé, c'est parce qu'il avait été obtenu par dol, l'article L. 106-4 ne le sous entend pas, il l'exprime clairement. Que le concordat ait été obtenu par fraude du commerçant ou du dirigeant pour lui même ou pour son entreprise, la gravité de la faute est la même ; il sera toujours condamné aux déchéances et aux sanctions de la faillite personnelle et aux peines de la banqueroute frauduleuse.

b) agissements résultant d'une simple faute.

Ce domaine est caractérisé par l'absence d'intention frauduleuse, les agissements sanctionnés ici sont le résultat d'une faute que le tribunal apprécie souverainement. (1).

Comme pour les cas précédents il convient d'observer que les situations punies de faillite personnelle et de banqueroute se recoupent souvent et recouvrent des agissements semblables sans être identiques.

---

1 - Sufra p. 64 .

1°)-poursuite abusive d'une exploitation déficitaire.(article L. 107-7)

Cette situation de l'article L. 107-7 n'était pas prévue auparavant ni dans le droit de la faillite, ni dans le domaine des banqueroutes. C'est semble-t-il, un élargissement des articles L. 107-3, L. 127-3 et L. 131-2, relatifs aux achats pour revendre au dessous du cours dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements ou l'emploi, dans la même intention de moyens ruineux pour se procurer des fonds.

Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec la cessation des paiements elle-même, car le débiteur, pour retarder celle-ci, a recouru à des moyens ruineux afin de faire face aux engagements pris, mais, ce faisant, a compromis de jour en jour la santé de son entreprise. On ne saurait toutefois retenir les difficultés momentanées de trésorerie dues à la gêne créée par la défaillance d'un débiteur ou l'échec d'un marché.

Il faudra que le tribunal caractérise l'abus du débiteur. Pour cela il devra tenir compte de l'évasion des facultés d'une entreprise dont le bilan aurait dû être déposé longtemps avant qu'elle ne soit obligée à le faire et qui n'a survécu qu'en raison de l'entêtement aveugle de ses dirigeants. (1).

---

1 - Cass. Com. 22 janv. 1973 : J.C.P. 73, éd. G, IV, 104.

2°) agissements relatifs à l'obtention et à la résolution d'un concordat. (articles L. 108-3 et 128-2)

Aux termes des articles L. 108-3 et L. 128-2, les situations sanctionnées apparaissent très différentes à première vue, et elles ne recouvrent pas vraiment les mêmes situations, mais elles ont en commun le fait de ne pas avoir satisfait aux obligations mis à leur charge, pour les dirigeants.

- article L. 108-3 "... qui ont été mis en état de liquidation des biens ou qui, mis en état de règlement judiciaire, n'ont pas obtenu de concordat ou ont obtenu un concordat par la suite résolu".

- article L. 128-2 "... s'il est déclaré en état de liquidation des biens sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat".

L'article L. 108-3 permet de prononcer en toute hypothèse, la faillite personnelle du débiteur commerçant individuel, qui n'a pas été en mesure de proposer un concordat ou dont le concordat a été résolu, et de frapper de pareille mesure les dirigeants sociaux à l'égard desquels le règlement judiciaire a été prononcé, (1) mais qui n'ont pu présenter des offres concordataires sérieuses ou respecter les clauses du concordat accordé.

---

1 - Articles L. 97 et L. 101.

L'article L. 128-2, punit de la banqueroute simple facultative si une liquidation des biens intervient alors que le commerçant n'a pas satisfait aux obligations d'un précédent concordat. Le texte ne distingue pas entre le cas où la liquidation de biens est prononcée à défaut du paiement de la dette concordataire et celui où elle le serait à défaut de paiement de dettes postérieurs à l'homologation dudit concordat. (1). Elle s'applique donc au cas de conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens par suite d'inexécution des engagements concordataires. (2).

3°) comptabilité incomplète ou irrégulièrement tenue. (articles L. 107-2, L. 127-5, L. 128-5 et L. 131-5)

Sous une forme plus concise, mais aussi large, nous retrouvons dans l'article L. 128-5 la deuxième partie de l'ancien article 586-6° du Code de Commerce qui laisse à l'appréciation du tribunal le soin de déterminer la gravité des irrégularités de la comptabilité justifiant la condamnation pour banqueroute simple. (3).Tandis que l'absence de complète comptabilité, visée par les articles L. 107-2, L. 127-5 et L. 131-5, oblige les juges à prononcer la faillite personnelle et la banqueroute dès lors que les faits sont établis.

---

1 - Cf. Cass. Com. 4 mai 1966 : J.C.P. 66, IV, éd. G, 85.

2 - Article L. 78, alinéa 1er.

3 - Cass. Crim. 2 nov. 1951 : J.C.P. 51, II, 6605.

Le cas de banqueroute comme tous les autres cas de banqueroute simple, est exclusif de toute intention frauduleuse. (1). C'est simplement la négligence ou l'imprudence qui est sanctionnée. Les faits punissables sont davantage des faits déterminés d'abstention que des actes positifs.

Bien que différentes, ces situations de faillite personnelle et de banqueroute recouvrent souvent des situations semblables ce qui n'est pas le cas de certains agissements.

2 - SITUATIONS DIFFERENTES

Certains agissements sanctionnés par la faillite personnelle et d'autres par la banqueroute recouvrent des situations absolument différentes qui ne se recoupent pas. Cette différence tient à l'objectif de chaque sanction. Il en est ainsi des agissements postérieurs à la constatation de l'état de cessation des paiements, à ceux qui sont liés à l'action en comblement de passif et de la grande innovation de la loi du 13 juillet 1967 : la sanction de l'incompétence.

a) les agissements postérieurs à la constatation de la cessation des paiements.

Pour sanctionner ces agissements seule la banqueroute pourra être prononcée, en principe la faillite personnelle ne s'appliquera jamais. Deux

---

1 - Cass. Crim. 16 mars 1959 : Bull. Crim. N° 182.

situations sont visées, celle de l'article L. 127-4, et celle de l'article L. 128-6.

> 1°) si, ayant été déclaré soit deux fois en faillite au sens des articles 437 à 614-26 du Code de Commerce tels qu'ils étaient en vigueur avant la mise en application de la présente loi, soit une fois en faillite au sens desdits articles et une fois en état de liquidation des biens, soit deux fois en état de liquidation des biens, ces procédures ont été clôturées pour insuffisance d'actif.

Cette disposition de l'article L. 127-4 ne doit pas être confondue avec le cas de banqueroute facultative prévu par l'article L. 128-2 (1) qui vise le commerçant déclaré en état de liquidation des biens sans avoir satisfait aux obligations d'un concordat précédemment obtenu.

Dans l'un et l'autre cas, on se trouve en présence d'un commerçant dont l'état de cessation des paiements a été constaté à deux reprises successives. Mais si, le commerçant a été, la première fois, déclaré en état de règlement judiciaire, et la seconde fois en état de faillite ou de liquidation des biens, il ne pourra être condamné comme banqueroutier qu'en vertu de l'article L. 128-2. Dans cette dernière hypothèse, il n'est nullement question de concordat.

---

1 - *Supra*. p. 75

2°) paiement d'un créancier au préjudice de la masse après la cessation des paiements. (articles 128-6 et 131-3).

Pour que ce cas soit réprimé par les articles L. 128-6 et L. 131-3, deux conditions doivent être réunies. Le paiement envisagé doit être :

- postérieur à la date de cessation des paiements
- effectué au préjudice de la masse.

Peu importe que le commerçant ou le dirigeant ait connu ou ignoré son état de cessation des paiements. (1).

b) dirigeant à la charge duquel tout ou partie du passif social aurait été mis et qui n'aurait pas acquitté cette dette. (article L. 109)

L'article L. 109 prévoit un cas de faillite personnelle facultative pour sanctionner cet agissement. Il ne fait aucun doute que les juges peuvent exercer leur pouvoir d'appréciation et sur lequel la Cour de Cassation ne pourra effectuer de contrôle.

---

1 - V. cependant : DOUAI 2 nov. 1956 ; D. 1958, 450 note TOUFFAIT et HERZOG ; Rev. trim. dr. com. 1958, p. 628 n° 31, observ. HOUIN, p. 863, n° 9 observ. BOUZAT.

c) la preuve d'une incompétence manifeste. (article L. 108-1)

Par cette disposition la loi du 13 juillet 1967 apporte une innovation très importante. Le législateur laisse au juge la possibilité d'éliminer non seulement le malhonnête mais aussi l'incapable ou l'incompétent.

S'agissant d'une question de fait, le tribunal sera libre d'apprécier souverainement les fautes et l'inaptitude de l'intéressé et d'arbitrer, par conséquent, s'il convient de le frapper de faillite personnelle en raison de son comportement plus ou moins critiquable.

La généralité de cette disposition ouvre un champ particulièrement large à la tendance répressive des tribunaux pour réaliser l'assainissement des professions commerciales (1) et l'on peut se demander si les juges sont préparés à ce nouveau rôle de "magistrature économique", leur demandant de réaliser une analyse économique approfondie de chaque situation.

Ainsi, les domaines de la faillite personnelle et de la banqueroute sont très semblables. Comme nous venons de le constater seuls quelques rares cas ne recouvrent pas les mêmes situations. Pourtant leur similitude apparaît davantage lorsque l'on examine les dispositions très générales qui permettent d'appliquer ces deux sanctions aux mêmes agissements.

---

1 - Cf. PARIS 28 janv. 1970 : Rev. synd. 1971, V, 881.

II - DOMAINES SUPERPOSABLES

Devant la généralité des articles L. 106-5, L. 108-1 et L. 126-2, il serait tentant d'affirmer que les domaines de la faillite personnelle et de la banqueroute sont absolument identiques. En effet, ces textes semblent donner à ces sanctions un domaine commun mais nous pensons qu'il s'agit plutôt de domaines superposables puisque la faillite personnelle peut sanctionner les agissements punis de banqueroute, mais il faut être plus nuancé dans la proposition inverse.

A - LA FAILLITE PERSONNELLE

Bien que le législateur ait précisé expressement les agissements sanctionnés de faillite personnelle, des textes très généraux étendent cette sanction à d'autres comportements.

1 - LES ARTICLES L. 106-5 et L. 108-1.

La formule de l'article L. 106-5 est aussi vague que générale puisqu'elle sanctionne de la faillite personnelle obligatoire ceux :

"... qui ont commis des actes de mauvaise foi ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce".

Cette disposition trouve son origine dans l'ancien article 575-10 du Code de Commerce qui en faisait une cause de conversion facultative du

règlement judiciaire en faillite.

Il s'agit là d'une arme très dangeureuse entre les mains des juges, car la généralité des termes ouvre très largement la porte à la faillite personnelle obligatoire. Dès lors que les situations envisagées par le législateur seront établies le tribunal sera tenu de prononcer la faillite personnelle. Cependant il dispose d'un très large pouvoir d'appréciation pour déterminer quels actes ont été accomplis de mauvaise foi, quelles imprudences sont inexcusables, quelles infractions aux règles et usages du commerce sont graves.

Certains auteurs semblent limiter la moitié de ce texte à l'annonce de l'article L. 107, qui énumère cinq exemples d'actes de mauvaise foi. (1).

Pour notre part, nous pensons que le législateur a eu conscience de ne pouvoir tout prévoir dans une matière variée où la criminalité évolue rapidement. Aussi a-t-il choisi des formules très générales qui permettront aux juridictions de sanctionner tous les agissements fautifs.

C'est pour cette raison qu'il a introduit la formule de l'article L. 108-1 qui sanctionne de la faillite personnelle facultative ceux,

"... qui ont commis des fautes autres que celles visées à l'article 107..."

---

1 - JAUFFRET, Jurisclasseur commercial, anciens art. 437 - 614, fascicule C 20, p. 9, n° 46.

Ainsi les juges disposent d'un pouvoir d'appréciation très important et c'est par ce biais qu'ils pourront à appliquer la faillite personnelle à tous les cas de banqueroute. Seuls en sont écartés les faits constitutifs de banqueroute commis postérieurement à la cessation des paiements. (1).

2 - L'ARTICLE L. 126-2;

Ce texte dispose que toute condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse prononcée à l'encontre d'un commerçant personne physique, ou toute condamnation aux peines de la banqueroute simple ou frauduleuse prononcée à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale entraîne de plein droit la faillite personnelle et les autres sanctions personnelles prévues au titre II de la loi du 13 juillet 1967.

Ce texte sanctionne de faillite personnelle les agissements doublement visés par les articles L. 106 et suivants, L. 127 et suivants, L. 131 et suivants, ce qui permet d'atteindre le coupable d'une manière ou d'une autre.

B - LA BANQUEROUTE.

Si tous les cas de banqueroute peuvent être sanctionnés par la faillite personnelle la réciproque n'est pas vraie. En effet, la loi pénale est d'interprétation restrictive et il n'est pas possible de frapper

1 - *articles L. 128-4 et L. 128-6*

de banqueroute des agissements qui n'auraient pas été expressement visés par les textes.

A l'examen des agissements punis par l'une et l'autre sanction un seul cas de faillite personnelle ne pourra pas être frappé de banqueroute c'est l'incompétence manifeste prévue par l'article L. 108-1. Cette nouvelle mesure introduite par la loi de 1967 ne poursuit pas le même but que la banqueroute. Elle est davantage destinée à prévenir plutôt qu'à sanctionner l'incompétent, le malhonnête, dont il faut se débarasser.

Au terme de cette section on peut affirmer que la faillite personnelle et la banqueroute ont un domaine commun très étendu. A part quelques points de détail, ce sont les mêmes personnes, en état de cessation de jugement, ayant commis des agissements très semblables qui seront sanctionnés de faillite personnelle et de banqueroute.

Après avoir constaté la similitude entre les conditions de fond de ces deux santions, nous devons examiner les conditions de forme.

C H A P I T R E 2

LES CONDITIONS DE FORME

La faillite personnelle et la banqueroute doivent être prononcées par un jugement. C'est la seule condition de forme qui est exigée.

Bien que la plupart des agissements entraînant ces sanctions coïncident, chacune résulte de la décision d'un tribunal différent. (1). Cette dualité découle de leur nature propre. La banqueroute étant une peine, le tribunal correctionnel est compétent, alors que le tribunal de commerce peut frapper de faillite personnelle -sanction civile- un commerçant ou des dirigeants d'une société commerciale, comme le tribunal

---

1 - A l'exception de l'article L. 126, au terme duquel toute condamnation à la banqueroute par un tribunal correctionnel entraîne la faillite personnelle sans intervention du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance.

de grande instance peut également le faire à l'encontre des dirigeants d'une société civile ayant un objet économique à but lucratif (1).

Ainsi, nous nous trouvons en présence de deux sortes de décisions possibles qui sanctionnent des faits similaires dans un contexte identique et une contrariété de décision est à craindre.

Cependant, les procédures qui aboutissent à ces décisions, sont unies par certains liens, notamment dans le cadre de leur déclenchement.

Bien qu'elles soient différentes, elles n'apparaissent pas contradictoires mais plutôt complémentaires et parallèles.

Ce sont ces deux aspects que nous étudierons dans deux sections, en envisageant l'ouverture des procédures avant d'examiner leur parallélisme.

---

1 - SUPRA. P. 69 et s.

SECTION 1 - L'OUVERTURE DES PROCÉDURES

Pour être sanctionnés, les faits susceptibles d'entraîner la faillite personnelle et la banqueroute doivent être portés à la connaissance des tribunaux.

Or cette information ne sera pas toujours aisée. D'une part, parce qu'il peut s'écouler un temps plus ou moins long entre la commission des agissements répréhensibles et leur connaissance par l'appareil judiciaire. D'autre part, certains cas de faillite personnelle et de banqueroute sont complexes et requièren la collaboration de spécialistes pour leur détection.

I - LE MOMENT DE L'OUVERTURE

Bien que de nombreux cas de faillite personnelle coïncident avec des agissements de la banqueroute, prescriptible par trois ans, le législateur n'a pas limité dans le temps la possibilité de prononcer contre le commerçant à titre individuel ou contre les dirigeants de personne morale la faillite personnelle.

L'article L. 106 se borne à énoncer :
"A toute époque de la procédure, le tribunal prononce la faillite personnelle..."
ainsi elle peut être prononcée dès le jugement

d'ouverture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens du commerçant, personne physique, ou de la personne morale dont les dirigeants se sont rendus coupables des actes visés aux articles L. 106 S. et aussi longtemps que la procédure n'est pas close, c'est à dire jusqu'à l'homologation définitive du concordat (1) ou jusqu'à la dissolution de l'union (2). Mais il convient de préciser qu'elle peut également être prononcée après l'annulation (3) ou la résolution du concordat (4), car la procédure est alors reprise comme si elle n'avait jamais été close ; dès lors que le concordat est annulé ou résolu : la faillite personnelle intervient donc au cours du règlement judiciaire ou, plus exactement de la liquidation des biens, en laquelle ce règlement judiciaire a été converti.

En ce qui concerne le commerçant à titre individuel, point n'est besoin qu'il soit en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens pour être de plein droit déclaré en faillite personnelle, dès lors qu'il a été condamné pour banqueroute

---

1 - *Article 72 de la loi du 13 Juillet 1967*

2 - *Article 90 de la loi du 13 Juillet 1967*

3 - *Article 108-4 de la loi du 13 Juillet 1967*

4 - *Article 108-3 de la loi du 13 Juillet 1967*

simple ou frauduleuse par le tribunal correctionnel qui a nécessairement constaté son état de cessation des paiements et sa qualité de commerçant.

En revanche, si les condamnations aux peines de la banqueroute prononcées contre les dirigeants de personne morale entraînent de plein droit la faillite personnelle de ces dirigeants, on pourrait estimer nécessaire que la cessation des paiements de cette personne morale ait été préalablement constatée par la juridiction commerciale ou civile ; puisqu'elle n'est pas justiciable des tribunaux répressifs auxquels il parait difficile, a priori, de reconnaître un pouvoir d'appréciation sur sa situation sans qu'elle soit en cause.

Mais, en raison de l'indépendance des juridictions civiles et répressives en ce domaine et du défaut d'influence de la décision pénale sur la décision civile intervenue ou à intervenir, la cour de cassation (1) -confirmée par l'article L. 139- a reconnu au juge correctionnel le droit de constater lui même l'existence de l'état de cessation des paiements de la personne morale et de fixer souverainement la date à laquelle cet état doit être tenu pour constant, lorsqu'il a à connaître d'un des délits prévus aux articles L. 131 à L. 133. Elle exige qu'il motive sa décision dans

---

1 - Cf. cass. crim. 6 Janv. 1965 : J.C.P. 65. IV éd. G. 17.

l'énonciation des faits et circonstances de la cause qui l'ont déterminé, sans se référer seulement aux constatations des juridictions civiles ou consulaires. (1).

Aussi, il n'est pas nécessaire que la personne morale ait été déclarée en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens par une décision du tribunal de commerce ou de grande instance, pour que ses dirigeants soient poursuivis devant la juridiction correctionnelle du chef des délits réprimés par les articles L. 131 à L. 133.

Ainsi bien que les articles L.108 et L. 109 ne fixent pas la période pendant laquelle peut intervenir la faillite personnelle, il faut reconnaître aux juges la faculté de la prononcer tant qu'ils ne sont pas dessaisis de la procédure collective du commerçant à titre individuel ou de la personne morale dont les dirigeants sont fautifs.

Il convient de noter que les sanctions civiles et les sanctions pénales, bien que provoquées par les mêmes agissements du commerçant ou des dirigeants coupables, sont indépendantes et que les tribunaux de commerce ou de grande instance gardent pouvoir de prononcer les premières aussi longtemps qu'ils demeurent saisis de la procédure de concours qui donne ouverture, alors que les

---

1 - *Cf. Cass. Crim. 25 Janv. 1977 : Gaz. Pal. 77 N°s 117 118 P. 11.*
V. ds. le même sens : Crim. 12 Mars 1974 : Bull. 1974 108, P. 263. - 30 Juin 1971 : Gaz. Pal. T.T. 71, Bull. 71, P. 524. 19 Nov. 1970 : Bull. 70 P. 739

secondes relèvent de la juridiction répressive dans les limites de la prescription triennale des délits. (1).

Bien que la poursuite de la banqueroute ou d'un délit assimilé soit prescrite à l'égard du commerçant ou des dirigeants sociaux, ceux-ci peuvent néanmoins être frappés de faillite personnelle tant que la juridiction consulaire ou civile est saisie de la procédure collective ouverte contre l'entreprise.

Rappelons toutefois que l'action en comblement du passif social contre les dirigeants de personne morale se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances (2) et que passé ce délai, ces dirigeants ne peuvent plus encourir la faillite personnelle de ce chef. Cette prescription triennale ne saurait cependant jouer en faveur des associés indéfiniment et solidairement responsables du passif social et ceux-ci faute de s'acquitter des obligations mises à leur charge de plein droit peuvent à tout moment de la procédure être déclarés en état de faillite personnelle en vertu de l'article L. 109.

---

1 - Cf. article 8 du Code de procédure pénale.

2 - Cf. article L. 99 alinéa 2.

II - L'INITIATIVE DE L'OUVERTURE

Malgré la séparation du sort de l'homme et de l'entreprise, la faillite personnelle et la banqueroute restent liées à la procédure collective engagée. Les agissements qu'elles sanctionnent ne peuvent être poursuivis que s'ils sont portés à la connaissance du tribunal. Or, il s'agit souvent de faits complexes dont la découverte peut s'avérer difficile. C'est pour cette raison que la loi a confié une mission d'information au syndic désigné par le jugement déclaratif.

Dès qu'il a connaissance d'agissements susceptibles d'entraîner la faillite personnelle -et dans la plupart des cas la banqueroute- l'article D. 102 alinéa 1er lui impose d'en informer immédiatement le Procureur de la République et le juge commissaire.

Cette mission d'information donne au syndic l'initiative de l'ouverture des poursuites car il met le Procureur de la République en mesure d'exercer un double rôle :

. d'une part, il a pour mission de surveiller l'application des dispositions relatives aux sanctions civiles et d'en poursuivre d'office l'exécution. (1).

---

1 - Article D. 111.

. d'autre part, il peut engager les poursuites pour banqueroute devant le tribunal correctionnel. (1).

Ce rôle d'information s'étend au juge commissaire, à la masse et aux créanciers, ainsi le syndic se trouve à l'origine des poursuites de la faillite personnelle et de la banqueroute, dont les procédures, quoique différentes ne sont pas étrangères.

---

1 - Article L. 626.

SECTION 2 - LE PARALLÉLISME DES PROCÉDURES SUIVIES

Les procédures qui conduisent à la faillite personnelle et à la banqueroute prennent chacune un chemin différent. Cette différence de voie tient essentiellement à la nature de chaque sanction dont le prononcé est totalement indépendant de l'autre décision.

Cependant le déroulement de chaque procédure présente des éléments similaires qui résultent de la spécificité de la matière.

C'est ainsi que nous devons constater leur parallélisme dans la compétence, dans la saisine de la juridiction et dans le déroulement de la procédure.

I - LA COMPÉTENCE

En règle générale la juridiction appelée à statuer sur les agissements susceptibles d'entraîner la faillite personnelle et la banqueroute doit être différente. Si ceci ne soulève pas de difficultés pour la banqueroute il n'en est pas de même pour la faillite personnelle.

1 - LA BANQUEROUTE

Depuis l'ordonnance du 23 Décembre 1958 la banqueroute, qu'elle soit simple ou frauduleuse, constitue un délit et la procédure est identique dans les deux cas. (1).

Ainsi, la juridiction compétente est dans tous les cas le tribunal correctionnel.

Le tribunal territorialement compétent n'est pas uniformément celui dans le ressort duquel se situe le siège social, ou le principal établissement de l'entreprise. Il peut être soit celui du lieu de l'infraction, soit de la résidence du prévenu, ou le lieu de son arrestation, ou même de sa détention. (2).

2 - LA FAILLITE PERSONNELLE

La faillite personnelle peut être prononcée par des juridictions différentes selon qu'elle intervient à titre principal ou à titre secondaire.

---

1 - Articles L. 136 et suivants.

2 - Articles 662 et suivants du Code de procédure pénale.

- Elle peut faire l'objet d'une action principale,

soit devant le tribunal de commerce à l'encontre du commerçant personne physique ou des dirigeants d'une société commerciale.

soit devant le tribunal de grande instance à l'encontre des dirigeants d'une personne morale non commerçante ayant un objet économique ou poursuivant, en fait ou en droit, un but lucratif.

La juridiction territorialement compétente est celle qui a prononcé l'ouverture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, car il appartient aux juges qui ont constaté la cessation des paiements de l'entreprise d'apprécier la conduite de ceux qui la dirigeaient.

- A titre secondaire la faillite personnelle constitue de plein droit la sanction civile accessoire de toute condamnation prononcée par le tribunal correctionnel pour banqueroute simple ou frauduleuse (1) contre un commerçant à titre individuel ou aux peines de la banqueroute contre un dirigeant de fait ou de droit d'une personne morale en état de cessation des paiements, sans même que la décision répressive ait besoin d'en faire mention expresse.

---

1 - Article L. 188. 2.

II - LA SAISINE

La saisine du tribunal peut s'opérer de différentes façons. Au départ de la procédure nous trouvons le rôle d'information du syndic. (1). En principe il ne lui appartient pas d'intenter d'action de son propre chef, il lui incombe seulement d'en provoquer l'ouverture.

A la suite de cette information les personnes désignées par la loi peuvent saisir le tribunal compétent mais ici les procédures se séparent pour suivre des cheminsparallèles Le nombre des personnes habilitées à saisir le tribunal de commerce ou de grande instance pour faire prononcer la faillite personnelle est beaucoup plus réduit que celui de celles qui peuvent engager les poursuites du chef de banqueroute.

1 - LA FAILLITE PERSONNELLE

Dès qu'il est informé par le syndic le juge-commissaire doit, dans les trois jours à compter du moment où il a été avisé faire un rapport au président du tribunal de commerce ou de grande instance pour lui dénoncer les faits révélés par le syndic.

Ainsi, le tribunal est saisi d'office par son président sur le rapport du juge-commissaire, qui constitue "une formalité substantielle dont l'omission

---

1 - SUPRA. P. 38

entraînerait la nullité du jugement conformément aux principes généraux en la matière". (1).

Cette saisine d'office se justifie car les créanciers n'ont aucun intérêt à poursuivre eux-mêmes la faillite personnelle de leur débiteur ou des dirigeants sociaux. Dans l'esprit du législateur la faillite personnelle n'est pas une procédure collective tendant à la satisfaction des créanciers. (2).

Toutefois, il apparaît concevable d'admettre que les créanciers aient intérêt à éliminer certains dirigeants majoritaires dont le maintien en fonction risquerait de nuire à l'entreprise. Dans ce cas rien ne leur interdit de pallier le silence du syndic en révélant officieusement les agissements au juge-commissaire afin que les poursuites en faillite personnelle soient déclenchées d'office.

L'article L. 112 donne le pouvoir au Procureur de la République de saisir le tribunal de commerce ou de grande instance, car celui-ci a pour mission de poursuivre l'exécution des textes sur la faillite personnelle. (3). Mais, il est peu probable que cette saisine intervienne fréquemment car le ministère public aura la faculté de faire prononcer la faillite personnelle par le canal des condamnations pour banqueroute.

---

1 - *G. BORD. op. cit. N° 548, p. 281.*

2 - *Cf. Cass. Com. 5 Oct. 1970, J.C.P. 70, ed. A, IV 5812, obs. J.A.*

3 - *Cf. dans ce sens : ROBLOT, addendum, p. 53, DERRIDA op. cit. N° 25C.*

2 - LA BANQUEROUTE

Aux termes de l'article L 136, le tribunal correctionnel est saisi selon les règles de la procédure pénale :

. soit sur la poursuite du ministère public.

. soit sur constitution de partie civile.

. soit par voie de citation directe à la diligence du syndic ou d'un créancier.

La poursuite du ministère public est la voie la plus efficace, car le Procureur de la République est le plus apte à apprécier l'opportunité des poursuites. Le syndic doit lui signaler les fautes commises soit dans le compte rendu qu'il dresse de la situation apparente du débiteur (1) soit dans un rapport ultérieur. (2).

Il semble préférable pour le syndic, soucieux de ne pas exposer inutilement les deniers de la masse, de laisser l'initiative au ministère public. (3).

Le syndic peut saisir le tribunal soit sur constitution de partie civile, soit par voie de citation directe. Cependant l'article L. 137. 1, précise que le

---

1 - Article D. 30.

2 - Article L. 10.

3 - Aux termes des articles L. 140 et 141. Si le tribunal correctionnel relaxe le prévenu de banqueroute les frais de poursuites demeurent à la charge de celui qui a intenté l'action.

syndic ne peut agir au nom de la masse qu'après y avoir été autorisé par une délibération prise par les créanciers réunis en assemblée, à la majorité des présents. Cette autorisation est nécessaire aussi bien lorsqu'il ne fait que se joindre à l'action du ministère public que lorsqu'il met lui même l'action publique en mouvement. (1).

Tout créancier, même bénéficiaire d'une sûreté réelle peut agir sur constitution de partie civile ou par voie de citation directe, soit en son nom propre, soit au nom de la masse. Il peut aussi intervenir à titre individuel dans une poursuite en banqueroute, si celle-ci est intentée par le syndic au nom de la masse.

III - LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

Le déroulement de la procédure pour chaque sanction est assez semblable devant chaque juridiction en ce qui concerne l'instance mais diverge davantage pour les modalités d'exécution.

1 - L'INSTANCE DEVANT LES JURIDICTIONS

Le déroulement des instances tendant au prononcé de la faillite personnelle et à la condamnation pour banqueroute suit les règles propres à chaque juridiction, à une exception près puisque les règles de la

---

1 - Cf. Cass. Crim. 10 Nov. 1971, J.C.P. 71, IV, ed. G. 291.

procédure consulaire (1) s'appliquent devant le tribunal de grande instance appelé à statuer sur la faillite personnelle du dirigeant d'une personne morale de droit privé non commerçante ayant un objet économique et poursuivant en fait ou en droit un but lucratif.

Dans les deux cas l'auteur des agissements répréhensibles doit comparaitre en personne devant la juridiction.

Toutefois en cas d'empêchement dûment justifié, il peut se faire représenter par une personne habilitée à l'assister devant le tribunal de commerce, le tribunal de grande instance et le tribunal correctionnel. Mais devant cette dernière juridiction la représentation n'est possible que pour les cas de banqueroute simple. (2).

Les débats ont lieu en audience publique devant le tribunal correctionnel et certaines difficultés ont été soulevées pour la faillite personnelle.

En vertu de l'article D. 101 le débiteur commerçant ou les dirigeants sociaux doivent se

---

1 - Les règles de la procédure consulaire définies au titre XXIV du livre II du Code de Procédure Civile (article 414 à 442) sont applicables devant le tribunal de grande instance, en vertu des articles D. 113 et D. 114, ainsi les intéressés ne peuvent s'y faire représenter que par un avocat. (D.115).

2 - Article 411 du Code de Procédure Pénale.

se présenter devant le tribunal siégeant en chambre du conseil. Mais la question se pose de savoir si après cette audition des intéressés les débats doivent avoir lieu en audience publique ou tout au moins le prononcé du jugement si l'entière procédure doit se dérouler hors publicité. Cette dernière solution nous semble plus logique car les poursuites ont un caractère contradictoire et contentieux indéniable, puisqu'elles se déroulent en présence du syndic et sous le contrôle du parquet. (1).

2 - LES MODALITES D'EXECUTION

Dans toutes les hypothèses les jugements prononçant la faillite personnelle ou condamnant à la banqueroute sont soumis à publicité et peuvent faire l'objet de voies de recours.

a) publicité du jugement

Les décisions de faillite personnelle et de banqueroute doivent, lorsqu'elles sont devenues irrévocables ou, tout au moins passées en force de chose jugée, donner lieu à publicité.

---

1 - Article 99 du décret du 20 Juillet 1972.

Tout d'abord la faillite personnelle doit être mentionnée :

- au registre du commerce lorsqu'elle atteint des commerçants ou des dirigeants de personnes morales commerçantes. (1).

- au registre spécial tenu par le greffier du tribunal de grande instance pour les dirigeants de personnes morales non commerçantes. (2).

Ensuite tous les jugements prononçant la faillite personnelle ou condamnant à la banqueroute doivent donner lieu à publication par extrait au Bulletin Officiel des Annonces Commerciales et dans un journal d'annonces légales désigné par le tribunal dans son ressort. (3).

D'autre part, une fiche doit être dressée au greffe du tribunal de grande instance du lieu de naissance du débiteur ou du dirigeant social frappé de faillite personnelle ou condamné pour banqueroute afin de figurer à son casier judiciaire.(4).

---

1 - Article 27 du décret du 23 Mars 1967.

2 - Article D. 14.

3 - Articles D. 104 pour la faillite personnelle et L. 149 pour la banqueroute.

4 - Article 768 5° du Code de Procédure Pénale.

Il semble que cette publicité ne devrait pas être donnée tant que la décision n'est pas définitivement acquise. Le fait que la faillite personnelle soit portée au casier judiciaire prouve le caractère suspensif du pourvoi en cassation. Lorsque la condamnation a été consacrée par un arrêt de cour d'appel, le greffier de celle-ci doit en adresser expédition au greffe du tribunal pour mention en marge et pour l'accomplissement des mesures de publicité prescrite par l'article . 104. Cette disposition porte à croire que la publicité du jugement doit avoir lieu nononbstant appel et qu'il n'y est procédé en vertu de l'arrêt qu'au cas où la cour a infirmé la décision refusant de prononcer la faillite personnelle, sur appel du Procureur Général. Mais elle peut également être interprétée comme interdisant qu'il soit procédé à la publicité au cas de pourvoi en cassation, et cette solution parait préférable dans la mesure où l'effet suspensif de ce pourvoi se trouve confirmé.

b) les voies de recours

Les décisions de faillite personnelle et de banqueroute peuvent donner lieu aux voies de recours des procédures propres à chaque sanction.

Le prononcé de la faillite personnelle peut être frappé d'opposition (1), d'appel et en dernier recours de pourvoi en cassation, dont nous avons vu plus haut qu'il était suspensif d'exécution des déchéances et des mesures de publicité.

Le jugement condamnant à la banqueroute peut être frappé d'appel et ensuite de pourvoi en cassation. Il est également suspensif d'exécution.

---

1 - Article 3.110.

CONCLUSION DU TITRE I

L'examen que nous venons de consacrer aux conditions d'application de la faillite personnelle et de la banqueroute nous permet de constater la ressemblance entre ces deux sanctions et nous pouvons nous interroger sur leur opportunité.

En effet, il s'agit -à quelques nuances près- des mêmes conditions de fond et, les conditions de formes apparaissent très semblables.

Cependant la ressemblance devrait s'arrêter là car, il semble que le législateur ait voulu confier un rôle bien précis et complémentaire à chaque sanction.

C'est en étudiant le rôle de la faillite personnelle et de la banqueroute que nous pouvons savoir si l'objectif est atteint.

T I T R E II

L E R O L E

Les conditions d'application de la faillite personnelle et de la banqueroute étant très proches, il est à craindre que ces deux sanctions fassent double emploi.

La faillite personnelle a un caractère répressif très accentué qui la rapproche des sanctions pénales et risque d'entrainer une confusion entre son rôle et celui de la banqueroute.

La détermination de leurs rôles n'est pas aisée en raison de la spécificité de la matière et de la finalité de la loi.

Traditionnellement "la faillite" a toujours présenté ce caractère répressif et malgré les adoucissements législatifs il est normal qu'il subsiste, d'autant plus que le législateur de 1967 l'a souhaité pour assainir l'activité économique.

En la matière le droit poursuit un triple but puisqu'il se veut tout à la fois sanctionnateur, curatif et présentif (1) et le rôle de ces deux sanctions doit s'articuler autour de ces trois objectifs.

Il est indiscutable que le but sanctionnateur est joué par les deux sanctions mais il faut convenir que seule la faillite personnelle a un but curatif et préventif.

Si le rôle de la banqueroute soulève peu de difficulté, il n'en est pas de même de celui de la faillite personnelle et nous devons essayer de les déterminer pour savoir si elles ne font pas double emploi.

Pour résoudre ce problème, il faut essayer de mieux cerner chaque sanction en dégageant leurs effets respectifs (chapitre 1) avant d'étudier leurs rapports (chapitre 2).

---

1 - *LABRUSSE (Mme), in. Faillites, Op. cit., n° 4 p. 3.*

C H A P I T R E 1ER

L E S E F F E T S

Dans le contexte de la loi du 13 Juillet 1967 la faillite personnelle et la banqueroute ne devraient produire d'effets qu'à l'égard de l'homme et nous n'étudierons dans ce chapitre que ces effets.

A l'égard de l'homme -commerçant individuel ou dirigeant de personne morale- les effets dégagés par la faillite personnelle et la banqueroute sont des sanctions variées et nombreuses (section 1). Cependant ces dernières pourront ne pas produire les effets souhaités par le législateur. Aussi nous devons en rechercher la portée pratique (section 2) avant d'envisager les réformes à apporter (section 3).

SECTION 1 - LES DIVERSES SANCTIONS

Après avoir constaté la réunion des conditions d'application, chaque tribunal compétent prononce la faillite personnelle ou la banqueroute et soumet ainsi le commerçant ou le dirigeant social à des effets très différents. La faillite personnelle entraîne des déchéances, alors que la banqueroute implique les peines des articles 402 à 404 du Code Pénal.

I - LA FAILLITE PERSONNELLE ENTRAINE DES DÉCHÉANCES

Aux termes de l'article L. 105 le jugement qui prononce la faillite personnelle entraîne les mêmes déchéances que celles qui étaient attachées au jugement de faillite prononcé avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 Juillet 1967. Par ailleurs cette loi prévoit un certain nombre d'effets complémentaires résultant de textes particuliers.

A - LES EFFETS DE LA FAILLITE CLASSIQUE

L'article L. 105 se réfère à l'article 471 ancien du code de commerce, tout aussi laconique

dans ses dispositions. (1). Par ailleurs, de nombreux textes prévoient des déchéances sur le plan politique, civique et professionnel.

1 - SUR LE PLAN POLITIQUE

Le débiteur commerçant ou dirigeant social ne peut plus être électeur ni éligible à aucune fonction ou mandat public, notamment en vue des élections des députés, des conseillers généraux et des conseilleurs municipaux (2), aux tribunaux de commerce (3), aux chambres de commerce et d'industrie et aux conseils de prud'hommes.

2 - SUR LE PLAN CIVIQUE

Il ne peut plus être juré (4) ni témoin instrumentaire dans les actes notariés (5), ni porter ses décorations, ni conserver son grade d'officier de réserve. (6).

Il est déchu de la qualité de membre de la légion d'honneur (7) et de décoré de la médaille

---

1 - abrogé par l'article L. 159.

2 - Cf. code électoral, article 5. 5°.

3 - Cf. décret du 3 Août 1961, art. 4, modifié par le décret du 22 Décembre 1972.

4 - Cf. art. 382 du code pénal.

5 - Cf. art. 980 du code civil et loi du 25 ventôse au XI, art. 9.

6 - Cf. art. 31 de la loi du 1er Décembre 1956.

7 - Cf. art. 39 du décret du 16 Mars 1852.

militaire. Il peut être exclu de l'ordre du mérite commercial (1) et de celui de la santé publique. (2).

3 - SUR LE PLAN PROFESSIONNEL

Il ne peut plus être banquier (3), administrateur ou gérant de société (4), ni agent de change (5). Il ne peut plus être intermédiaire dans les ventes de fonds de commerce (6), ni directeur, administrateur, gérant, agent, demandeur ou courtier de société d'assurances, de capitalisation, ou d'épargne (7), ni directeur d'une entreprise de spectacle (8), ni directeur d'une publication périodique. (9).

D'une façon générale, il lui est interdit d'exercer une profession industrielle ou commerciale (10) et sa signature n'est pas admise à l'escompte par la banque de France. (11).

---

1 - Cf. article 12 du décret du 27 mai 1939.

2 - Cf. décret du 18 février 1938.

3 - Cf. article 7 de la loi du 13 Juin 1941 et loi du 19 Juin 1930.

4 - Cf. art. 10 du décret. Loi du 8 Août 1935.

5 - Cf. art. 83 du c. com. modifié par l'art. 42 de la loi n° 71. 570 du 16 Juillet 1971.

6 - Cf. art. 10 de la loi du 2 janv. 1970.

7 - Cf. art. 29 du décret loi du 14 Juin 1938.

8 - Cf. art. 4 de l'ord. 13 oct. 1945.

9 - Cf. art. 6 de la loi du 29 Juil. 1881, mod . par la loi du 25 mars 1952.

10 - Cf. décret loi du 8 Août 1935 et décret du 27 oct. 1969 sur le refus de la carte de commerçant étranger.

11 - Cf. décret du 31 décembre 1936.

4 - SUR LE PLAN DES FONCTIONS PUBLIQUES ET DE L'EXERCICE DES PROFESSIONS LIBERALES

Il ne peut plus prétendre aux fonctions publiques, administratives et judiciaires ; aux offices ministériels (1) ; aux fonctions d'avocat (2) ou de syndic. (3). Il ne peut davantage donner des consultations à titre professionnel, ni rédiger des actes sous seing privé. (4).

B - LES EFFETS COMPLEMENTAIRES RESULTANT DE TEXTES PARTICULIERS

1 - L'INTERDICTION DE DIRIGER, GERER, ADMINISTRER OU CONTROLER UNE ENTREPRISE COMMERCIALE A FORME INDIVIDUELLE OU SOCIALE.

C'est à dire l'interdiction pour le failli non seulement d'exercer une profession commerciale quelconque, mais des fonctions de gérant, directeur général, membre du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du directoire, ou de commissaire aux comptes dans une société commerciale.

---

1 - Cf. pour les notaires : art. 35 de la loi du 25 Ventôse an XI ; pour les huissiers : art. 2, 4° de l'ord. n° 45. 2591 du 2 nov. 1945, pour les greffiers art. 2, 4°, ord. n° 45 2591 du 2 nov. 1945.

2 - Cf. art. 11 de la loi n° 71. 1130 du 31 déc. 1971.

3 - Cf. art. 1er du décret du 18 juin 1956.

4 - Cf. art. 67 de la loi N° 71. 1130 du 31 déc. 1971.

2 - LA PRIVATION DU "DROIT DE VOTE DANS LES ASSEMBLEES DES PERSONNES MORALES EN ETAT DE REGLEMENT JUDICIAIRE OU DE LIQUIDATION DES BIENS".

Ce droit est alors exercé par un mandataire désigné par le tribunal à la requête du syndic. (1).

3 - LA CESSION FORCEE DES PARTS SOCIALES.

Le tribunal a la faculté d'enjoindre aux dirigeants ou à certains d'entre eux de céder leurs parts ou actions ou d'ordonner la vente forcée de ces titres par les soins d'un mandataire de justice. (2).

En reprenant le principe traditionnel de punition et d'élimination, la faillite personnelle frappe le commerçant ou le dirigeant social d'une sorte de mort civile. Les interdictions sont tellement strictes et complètes que son champ d'activité devra se restreindre à quelques métiers subalternes qui ne lui permettront guère de revenir à meilleure fortune.

Il faut, toutefois, noter que les interdictions et déchéances que nous venons d'analyser doivent être interprétées strictement et que, dans le silence de la loi, certaines fonctions demeurent ouvertes au failli.

---

1 - Cf. art. L. 111 alinéa 1er. infra. p. 159 s.

2 - Cf. infra. p. 160 s.

II - LA BANQUEROUTE IMPLIQUE LES PEINES DES ARTICLES 402 À 404 DU CODE PÉNAL.

Alors que, sous l'empire de la législation antérieure à l'ordonnance du 23 Décembre 1958, qui a modifié l'article 402 du code pénal, la banqueroute frauduleuse était un crime relevant de la cour d'assises et puni des travaux forcés à temps, la banqueroute simple ou frauduleuse est désormais un délit dont la répression est ainsi plus efficacement et plus rapidement assurée par le tribunal correctionnel.

Les articles 402 à 404 du code pénal prévoient :

- pour les banqueroutiers frauduleux, un emprisonnement d'un an à cinq ans, outre la possibilité de prononcer à leur encontre l'interdiction des droits mentionnés à l'article 42 du code pénal.

- pour les banqueroutiers simples, un emprisonnement d'un mois à deux ans.

- pour les agents de change reconnus coupables de banqueroute frauduleuse, un emprisonnement de deux à dix ans, outre l'interdiction éventuelle des droits mentionnés à l'article 42 du code pénal.

- pour les agents de change reconnus coupables de banqueroute simple, les peines de la banqueroute frauduleuse.

Enfin l'article 403 du code pénal prévoit que les complices de banqueroute simple ou frauduleuse encourent les peines prévues à l'article 42, même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant, ce qui permet l'extension de la répression à des personnes qui, indépendamment des infractions qu'elles pourraient commettre à titre principal (1), ont prêté leur concours aux agissements reprochés. (2).

Il convient de remarquer que le complice des faits reprochés n'est punissable que des peines de la banqueroute, puisqu'aucun texte ne permet de lui appliquer les déchéances de la faillite personnelle.

L'énoncé de la répression de la faillite personnelle et de la banqueroute apparait très sévère. D'une part, il s'agit de déchéances qui peuvent correspondre à la mort civile, et d'autre part d'un délit puni d'emprisonnement.

Devant la gravité de ces sanctions certaines juridictions peuvent hésiter à les appliquer et des solutions très différentes risquent d'être prises pour des situations identiques.

---

1 - articles L. 143 à L. 147.

2 - Cf. cass. crim. 12 oct. 1960 : J.C.P. 60, IV, éd. G, 157. Il suffit que la femme d'un commerçant ait pris une part active à l'exploitation du fonds de son mari pour permettre aux tribunaux d'apprécier qu'elle a la qualité de commerçante et la déclarer coupable avec son conjoint de banqueroute simple. Si elle n'est pas déclarée commerçante, elle peut être poursuivie comme complice de son mari.

SECTION 2 - L'APPLICATION DES SANCTIONS

Compte tenu de la rigueur du système on pouvait escompter voir les juges prononcer fréquemment la faillite personnelle et la banqueroute. Or, il faut constater que telle n'a pas été l'attitude des tribunaux et la finalité de la loi n'est pas pleinement atteinte.

Si la banqueroute est appliquée sans difficulté par les juges répressifs (1), il n'en est pas de même pour la faillite personnelle.

D'une part, les juges consulaires éprouvent une certaine répulsion à la prononcer en raison de la gravité des conséquences qu'elle entraine.

D'autre part, lorsqu'elle est prononcée sa portée pratique reste très limitée.

---

1 - Cf. rapports annuels de la cour de cassation. et comptes généraux du ministère de la justice.

I - L'APPLICATION DE LA FAILLITE PERSONNELLE EST TRES LIMITEE.

Il ressort des statistiques publiées, qu'en dehors de quelques juridictions la faillite personnelle n'est pratiquement pas prononcée à titre principal. Cette situation est extrêmement grave car l'objectif voulu par le législateur n'est pas atteint, mais ceci peut s'expliquer par des raison d'équité.

A - LES STATISTIQUES REVELENT UNE APPLICATION TRES LIMITEE.

Il est intéressant de connaître les décisions des principaux tribunaux de commerce en matière de décisions de règlement judiciaire, de liquidation des biens et de faillite personnelle en nombre et en pourcentage.

BORDEAUX					
ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 773 procédures
Règlement judiciaire	36	26	37	17	15 %
Liquidation des biens	157	182	141	157	85 %
Faillite personnelle	4	3	12	10	0,40 %

ANGOULEME

ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 111 procédures
Règlement judiciaire	15	16	2	2	14 %
Liquidation des biens	64	49	51	53	86 %
Faillite personnelle	0	3	9	5	0,7 %

DIJON

ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 210 procédures
Réglement judiciaire	25	23	12	17	37 %
Liquidation des biens	36	27	38	32	67 %
Faillite personnelle	0	0	0	0	0 %

LYON

ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 1146 procédures
Règlement judiciaire	37	20	22	25	10 %
Liquidation des biens	263	258	241	280	90 %
Faillite personnelle	3	1	0	0	0,04 %

MARSEILLE					
ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 1068 procédures
Règlement judiciaire	64	40	55	56	20 %
Liquidation des biens	306	182	163	202	80 %
Faillite personnelle	6	4	3	4	0,16 %

NICE					
ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 823 procédures
Règlement judiciaire	94	61	48	25	28 %
Liquidation des biens	160	150	136	149	62 %
Faillite personnelle	28	38	39	47	18 %

LILLE					
ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 578 procédures
Règlement judiciaire	38	41	30	59	30 %
Liquidation des biens	118	80	120	92	70 %
Faillite personnelle	9	14	15	19	10 %

PARIS					
ANNEE	1970	1971	1972	1973	% sur 7890 procédures
Règlement judiciaire	276	241	258	194	13,50 %
Liquidation des biens	1620	1697	1650	1854	86,50 %
Faillite personnelle	428	636	634	831	32,00 %

L'application de la faillite personnelle est très différente d'un tribunal à un autre. En dehors de PARIS, NICE et LILLE il n'est pratiquement pas prononcé de faillite personnelle après un jugement de règlement judiciaire ou de liquidation de biens. Encore faut-il préciser qu'à NICE les 152 faillites personnelles publiées par le greffe du tribunal de commerce de 1970 à 1973 l'ont été à la suite de condamnations correctionnelles pour banqueroute ou délits assimilés.

La sévérité du tribunal de PARIS s'explique par le fait du nombre des procédures et de l'anonymat dans lequel se trouvent à la fois les magistrats consulaires et les justiciables.

Au demeurant cette situation est anormale, l'auteur des faits encourrant la sanction légale selon qu'il exerce son activité dans tel ou tel ressort. Sans doute lorsqu'elle est facultative, la disposition repose sur l'appréciation des juges, mais

lorsqu'il s'agit de faits qui devraient entraîner la faillite personnelle obligatoire, l'inégalité est choquante.

B - CETTE APPLICATION LIMITEE S'EXPLIQUE PAR DES RAISONS D'EQUITE.

Pour des raisons d'équité les juges consulaires répugnent à prononcer la faillite personnelle à cause de la rigueur de la sanction. Sur le terrain professionnel, elle s'apparente à la mort civile puisqu'elle est générale et perpétuelle. La loi de 1967 n'a prévu aucune limitation dans le temps et la seule procédure d'effacement -la réhabilitation- est difficile à mettre en oeuvre puisqu'elle est subordonnée au paiement intégral des créanciers.

Or, en interdisant au débiteur d'exercer son activité professionnelle, en l'astreignant à n'occuper qu'un emploi salarié, on l'empêche de se procurer les ressources qui lui permettront de régler ses créances et d'obtenir sa réhabilitation. C'est le cercle vicieux dans lequel les magistrats consulaires évitent de tomber, d'autant plus que pour eux la procédure collective doit tendre avant tout au paiement des créanciers.

De plus, le régime institué par la loi de 1967 en matière de faillite personnelle se caractérise par son incohérence quand on sait que depuis une loi

du 29 Décembre 1971 (1) la juridiction pénale peut limiter dans le temps la faillite personnelle attachée à la banqueroute (2) et prononcer le relèvement de l'interdiction, "y compris en ce qui concerne la durée", (3), alors que ce même pouvoir n'a pas été conféré aux juridictions consulaires et aux tribunaux de grande instance provoquant la faillite personnelle à titre principal.

Cette situation est particulièrement choquante car les faits constitutifs de banqueroute sont quasiment identiques aux agissements sanctionnés par la faillite personnelle et il est évident que lorsque la juridiction répressive ne retient pas la banqueroute alors que les juges consulaires prononcent la faillite personnelle, il s'agit de situations moins graves. Ainsi le débiteur ou dirigeant social sanctionné dans cette hypothèse sera puni beaucoup plus sévèrement que celui dont les agissements -plus graves- auront entraîné la banqueroute.

Pour écarter cette solution, les tribunaux de commerce ne peuvent prendre une mesure temporaire et

---

1 - la loi du 29 Décemb. 1972, n° 72-1228, modifiant l'art 55-1 du code pénal.

2 - Cf. article L. 128 - 2 ; op. cit. p.63

3 - La loi du 11 juil. 1975, n° 75-624, a étendu le domaine de l'art. 55-1 du code pénal en y substituant à l'expression "interdiction déchéances et incapacités professionnelles, résultant de plein droit de cette condamnation" celle-ci "interdictions, déchéances, incapacités ou mesures de publication de quelque nature qu'elles soient, résultant de la condamnation".

limiter les effets. (1). A défaut de disposition expresse les autorisant à "doser" la faillite personnelle, les tribunaux doivent la prononcer puisque leur marge d'appréciation est réduite à la faillite personnelle facultative.

Dans ces conditions peut on jeter la pierre aux magistrats qui n'exercent pas les poursuites ou qui ne prononcent pas d'office la faillite personnelle dans tous les cas prévus par la loi ? D'autant plus que lorsqu'ils la prononcent son application est très limitée.

---

1 - Cependant dans un jugement du 14 Juin 1974 (BILLARD inédit) le tribunal de commerce de PARIS a limité à une durée de 3 années la déchéance de l'article L. 108 ; dans un arrêt du 28 Avril 1975 la cour de PARIS (3° ch.) a confirmé le jugement ; mais saisie de l'appel du seul dirigeant, elle ne pouvait l'infirmer dans un sens défavorable à l'appelant. Cette pratique tend à se développer dans d'autres tribunaux de commerce. Les magistrats consulaires, pris entre deux maux (abstention totale ou condamnation perpétuelle), en choissent un troisième (condamnation à temps), afin de ne pas briser l'avenir d'une jeune dirigeant plus imprudent que malhonnête. Cette mesure a été consacrée par la cour d'appel de NIMES le 23 Oct. 1974 (D. 75, som. 110) pour des raisons humanitaires. La solution n'en est pas moins critiquable et la cour d'appel de PARIS, 3° ch. dans un arrêt du 6 Janvier 1976 (D. 76. som. 22) met un frein à cette pratique en réaffirmant "le caractère obligatoire de la mesure qui ne permet aucune individualisation dès lors que les faits visés aux art. L. 106 et L. 107 ont été connus". V. ds le même sens : AIX EN PROVENCE 20 Mai 1977, D. 78. I.R. 6.

II - LA PORTEE PRATIQUE EST TRES LIMITEE

Lorsqu'un texte édicte une sanction pénale à l'encontre du failli qui enfreint l'interdiction qui le frappe, la peine doit évidemment être prononcée. Il en est ainsi pour le commerce de la banque. (1).

Dans son texte primitif, la loi du 30 Août 1947 réprimait pénalement le failli qui violait l'interdiction d'exercer une profession commerciale .(2).

Mais situation paradoxale résultant sans doute d'une inadvertance, c'est au moment où il donne à la faillite son caractère le plus complet de mesure d'assainissement du circuit commercial que le législateur a supprimé la sanction pénale attachée à l'interdiction d'exercer une activité commerciale.

En effet, l'article L. 159 avant dernier alinéa a abrogé "le 12ème de l'article 1er de la loi n° 47-1635 du 30 Août 1947 relatif à l'assainissement des professions commerciales et industrielles", qui permettait l'application de la sanction pénale. (3).

---

1 - Cf. art. 1er alinéa 3, Loi du 19 Juin 1930 ; V. LARGUIER, la nature juridique de l'interdiction d'exercer la profession bancaire, in. Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC, p. 333.

2 - On avait constaté depuis cette loi une diminution sensible des faillites successives qui étaient fort nombreuses auparavant (V. de LAGRANGE, D.P. 1940. 1. 25).

3 - V. DERRIDA, "Un vide législatif à combler : à propos de l'interdiction d'exploiter" une entreprise commerciale", D. 1968, chon. p. 95.

Il en résulte que l'interdiction professionnelle attachée à la faillite personnelle n'est plus assortie d'aucune sanction directe et que le failli peut passer outre à l'interdiction.

Actuellement elle ne peut être sanctionnée que de manière indirecte :

- dans le cadre du registre du commerce (1)
- dans le cadre d'une nouvelle procédure collective par la banqueroute (2)
- ou comme le propose Monsieur DERRIDA par l'application des sanctions pénales de l'article 8 du décret loi du 8 Août 1935, aux dirigeants de sociétés par actions, dans la mesure où le tribunal relève à leur charge des fautes lourdes, telles ou autres que celles définies par les articles L. 106 et L. 107 (3).

---

1 - Cf. articles 27 et 37 du décret du 23 mars 1967 ; s'il se livrait à une nouvelle activité commerciale, il encourrait, ne pouvant se faire réimmatriculer, les sanctions édictées par l'article 1er de l'ordonnance du 27 Décembre 1958. V. JAUFFRET, rev. trim. dr. com. 1968, 640, n° 2.

2 - Article L. 127; 6° ; op. cit. p.56

3 - V. DERRIDA, op. cit. "un vide législatif à combler..." Cf. Cass. com. 16 Juin 1969, Bull. civ. IV, n° 225.

Il n'en demeure pas moins qu'aucune sanction préventive légale n'existe pour faire échec à l'exercice prohibé de l'activité commerciale du failli, et cette carence compromet l'objectif du législateur d'assainir les professions commerciales.

Est-il étonnant, dès lors, que les magistrats, qui ont le souci de voir leurs décisions effectivement exécutées, ne prennent guère la peine de prononcer une sanction qui peut ne pas être respectée ?

Cette situation, qualifiée de "déplorable" par la doctrine (1) ne peut se perpétuer et il convient d'y apporter des modifications profondes.

---

1 - Cf. ARGENSON et TOUJAS, op. cit., p. 412, n° 1428.

SECTION 3 - LES RÉFORMES À APPORTER.

Il ressort indiscutablement de l'application de la faillite personnelle que l'objectif du législateur n'est pas atteint, car l'une des pièces maitresses du système s'effondre : l'assainissement des professions commerciales et la protection du public ne sont plus réalisés.

Une telle situation caractérisée par des solutions aussi mauvaises pour l'intérêt social et le respect de la loi ne peut durer.

Deux séries de mesures s'imposent, les premières devraient donner davantage d'efficacité à la faillite personnelle, alors que les deuxièmes devraient l'adoucir.

I - LES MESURES NÉCESSAIRES À L'EFFICACITÉ.

Afin de donner l'efficacité souhaitée par le législateur à la faillite personnelle, l'interdiction professionnelle résultant de cette sanction doit être appliquée effectivement.

A cette fin nous souhaitons que le législateur adopte la solution préconisée par M. DERRIDA.

L'interdiction devrait être assortie d'une sanction directe et efficace. En usant de leur pouvoir de se saisir d'office, les tribunaux pourraient la prononcer toutes les fois que les faits énoncés par la loi auront été commis. (1).

Ils devraient être aidés dans leur tâche par les syndics mais aussi par le ministère public, dont le rôle est de surveiller l'application des dispositions relatives à cette sanction, et d'en poursuivre d'office l'exécution. L'accès des tribunaux de commerce lui étant ouvert, sa mission en serait d'autant plus facilitée. (2).

Un projet de loi déposé le 22 Juillet 1976 n'a pas préconisé un système aussi complet puisqu'il se borne à rajouter un 12ème alinéa à l'article 1er de la loi du 30 Août 1947 relatif à l'assainissement des professions commerciales : "12° d'une décision prononçant la faillite personnelle dans les conditions prévues aux articles 105 et suivants de la loi n° 67-563 du 13 Juillet 1967". (3).

---

1 - Cf. D. 78. chron. p. 208 n° 18.

2 - Cf. COULAUD, "réflexion sur les formes de l'assignation et l'intervention du procureur de la république devant le tribunal de commerce", gaz. pal. 1972 2. 859.

3 - Projet de loi n° 2510, déposé le 22 Juil. 1977 : tendant à améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales, à protéger les actionnaires et à défendre l'épargne.

Toutefois, si ce projet est adopté la faillite personnelle ne sera plus ce "tigre en papier" que regrette la doctrine et l'objectif du législateur pourra être atteint.

II - LES MESURES NÉCESSAIRES À L'ADOUCISSEMENT.

Afin de rétablir l'équité, le législateur devrait aligner le régime de la faillite personnelle prononcée à titre principal sur celui qui s'applique actuellement à la faillite personnelle accessoire à une condamnation pour banqueroute ou délits assimilés, le législateur doit conférer aux tribunaux de commerce et aux tribunaux de grande instance le pouvoir de limiter dans le temps l'interdiction professionnelle attachée à la première et d'en relever par la suite l'intéressé, dès lors que l'amendement de celui-ci est obtenu et la protection du public assurée. L'individualisation judiciaire des décisions rendues en la matière l'impose autant que l'humanitarisme le plus élémentaire.

En adoptant cette solution le législateur permettrait aux magistrats de doser les sanctions en tenant compte des particularités de chaque cas. Par là, il donnerait satisfaction aux praticiens qui réclament cet adoucissement. (1).

---

1 - Cf. FANGAIN, projet d'application à durée limitée des sanctions de la faillite et des déchéances, gaz. pal. 1972, 1, 324. Travaux de la conférence des tribunaux de commerce de France de Novembre 1975 gaz. pal. 1976, 1.

C H A P I T R E 2

LES RAPPORTS DE LA FAILLITE PERSONNELLE ET DE LA BANQUEROUTE

Le législateur a voulu frapper de faillite personnelle et de banqueroute les mêmes personnes, qui ont commis les mêmes agissements dans des conditions identiques.

Ainsi, ces deux sanctions paraissent très proches et mis à part quelques points de détail de méthode elles ont une finalité unique : l'assainissement du monde des affaires.

L'une apparait comme une sanction civile, l'autre comme une sanction pénale, mais leur nature juridique ne semble pas très précise et nous devons nous interroger sur leur opportunité.

De la réponse à cette question dépend l'antagonisme ou la complémentarité de la faillite personnelle et de la banqueroute.

Nous examinerons successivement leur antagonisme (section 1) et leur complémentarité (section 2).

SECTION 1 - LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE SONT ELLES ANTAGONISTES ?

- Au premier abord la faillite personnelle et la banqueroute semblent faire double emploi, car elles sont marquées par le même caractère répressif et l'on peut craindre un antagonisme.

Afin de mieux cerner chaque sanction, nous devons les replacer chacune dans leur contexte.

I - LE CARACTÈRE RÉPRESSIF DE LA BANQUEROUTE

Le caractère répressif de la banqueroute ne fait aucun doute puisqu'il s'agit d'un délit. (1). Certains auteurs regrettent l'intervention croissante du droit pénal car il n'existe plus guère de dispositions légales qui ne soient pas assorties de sanctions pénales (2) et l'on a pu qualifier cette intrusion

---

1 - Depuis qu'en 1958 la banqueroute frauduleuse a été correctionnalisée, la banqueroute est toujours un délit.

2 - HUET, in faillites, p. 427, n° 1.

de "fureur répressive". (1).

Cependant il faut noter que si la nature pénale de la banqueroute ne fait aucun doute, il convient de nuancer cette opinion, car il s'agit d'un domaine très particulier. La banqueroute n'est pas un délit comme les autres, car elle sanctionne des règles du droit commercial soumises au particularisme de cette matière.

Comme le fait remarquer M. de LESTANG (2) la banqueroute est l'ancêtre du droit pénal des affaires, dont le champ d'application se situe aux frontières du droit pénal et du droit commercial.

Dans cette infraction, le texte d'incrimination définit les éléments constitutifs en se référant à des notions générales du droit commercial plus qu'à une règle précise.

Il s'agit là d'un domaine à part dans lequel on constate une osmose entre le droit pénal et le droit commercial, osmose qui s'explique historiquement par les liens subsistant entre la banqueroute et la faillite, jadis confondues.

---

1 - *DALSACE, "Réflexions d'un commercialiste sur le droit des sociétés", op. cit. p. 13*

2 - *Op. cit. p.46*

II - LE CARACTÈRE RÉPRESSIF DE LA FAILLITE PERSONNELLE

Il est indiscutable que le législateur de 1967 a voulu perpétuer le caractère infamant des déchéances attachées à la faillite. Le caractère répressif de ces dernières se retrouve dans la faillite personnelle dont le but est de réprimer une activité nocive ou de prévenir une activité dangeureuse.

Faut-il en conclure qu'elle est devenue une sanction pénale et qu'il existe un antagonisme avec la banqueroute ?

En faveur de cette opinion on peut relever que la décision est inscrite au casier judiciaire (1) et surtout que le ministère public est chargé de veiller à l'application des dispositions légales et d'en préconiser l'exécution d'office. (2).

Cette interprétation ne saurait être admise, car la loi de 1967 a pris soin de distinguer dans deux titres différents la faillite personnelle et les infractions pénales.

De plus, les mêmes faits, ou presque, sont également réprimés par la banqueroute et on ne peut admettre que les mêmes faits donnent lieu à deux sanctions pénales, en l'absence d'une dérogation légale expresse, la règle non bis idem s'y oppose.

---

1 - Cf. art. 768. 5 du code de procédure pénale ; op. cit. p.

2 - Cf. art. L. 112 ; op. cit. p.

Ensuite, le tribunal compétent est le plus souvent le tribunal de commerce et l'on voit mal cette juridiction prononcer des mesures de caractère pénal.

Enfin, l'inscription au casier judiciaire existait avant 1967. Le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens y donne lieu sans que cette mesure ait un caractère répressif. Quant à l'intervention du ministère public, elle s'explique par la nécessité de parvenir à l'assainissement de certaines activités.

Il faut donc se prononcer pour le caractère exclusivement civil de la faillite personnelle, malgré le caractère infâmant que le législateur a voulu conférer. (1).

Il en résulte qu'il n'y a pas d'antagonisme entre le caractère répressif d'une peine et une sanction civile même si elle est infâmante.

---

1 - *Cf. exposé des motifs, p. 1394 et 1395 ; rapport à l'Assemblée Nationale, p. 1611 ; rapport au Sénat, p. 78.*

SECTION 2 - LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE SONT ELLES COMPLÉMENTAIRES ,

Comme nous venons de le voir, la faillite personnelle et la banqueroute ne sont pas antagonistes et nous devons nous poser la question de leur complémentarité. En faveur de cette opinion nous remarquerons qu'elles se juxtaposent dans le but de réaliser l'assainissement du monde des affaires.

Il semble que le législateur ait voulu cette complémentarité entre une peine, dont l'aspect répressif ne fait aucun doute et une sanction, dont les caractères sont ceux d'une mesure de sûreté.

La rédaction de la loi de 1967 est l'aboutissement d'un vaste mouvement, qui depuis de nombreuses années (1) tendait à moraliser certaines professions ou à écarter de certaines activités des personnes

---

1 - Depuis les décrets, lois du 8 Août 1935 et surtout la loi du 30 Août 1947.

indésirables. (1).

Cette législation avait plusieurs buts :

- prévenir le coupable,
- prévenir la récidive,
- protéger le public.

De la sorte, ces interdictions avaient autant, sinon plus, le caractère de mesures de sûreté que de peines.

Leur nature juridique avait fait l'objet de vives discussions à propos de l'amnistie, de la réhabilitation ou de l'application de la loi dans le temps, mais elle n'est plus à l'heure actuelle mise en doute. (2).

C'es précisément ce caractère de mesure de sûreté qui apparait lorsqu'on recherche la nature exacte de la faillite personnelle. Elle tend moins à réprimer une faute -comme la banqueroute- qu'à prévenir le danger que peut représenter pour la profession commerciale l'intéressé en raison de son inexpérience, de son incompétence ou de sa mauvaise foi. Il en est

---

1 - Cf. loi du 14 Avril 1952, qui a attaché à la fraude fiscale l'interdiction d'exercer toute profession commerciale, industrielle ou libérale (C. gén. imp. art. 1750).

2 - Cf. STEFANI et LEVASSEUR, Droit pénal général, éd. n° 418 p. 351 ; RIEG : j. cl. Pénal, C. pénal art. 6 à 11, fasc. I, "considérations générales sur les peines et mesures de sûreté, n° 129".

ainsi très nettement dans les cas où le tribunal prononce la faillite personnelle contre ceux qui ont fait preuve d'une incompétence manifeste. (1). Mais, même dans les autres cas, la répression s'efface devant un souci d'éliminer du secteur des affaires ceux qui ont commis des faits répréhensibles et qui doivent être empêchés de nuire à nouveau. (2).

La Cour de Cassation dans un arrêt du 13 Novembre 1968 de la chambre commerciale, a décidé, à propos d'une loi d'amnistie, que les déchéances attachées à la faillite personnelle sont des mesures d'intérêt public, qui ne sont, ni par leur nature, ni par leur but des sanctions professionnelles. (3).

Comme Mademoiselle HONORAT nous trouvons ce terme plus "incolore" et moins "compromettant" que celui de mesure de sûreté, mais il recouvre le même sens. (4).

---

1 - *Article L. 108 - 1.*

2 - *V.HOUIN, "Permanence de l'entreprise à travers la faillite, "liber amicorum Barou Louis Frédéricq ; t. 2, p. 809 - DERRIDA op. cit. n° 11. ALLIOT, "la faillite personnelle et les autres sanctions civiles", in. Faillites, ouvrage collectif dirigé et présenté par RODIERE, p. 391 et 393.*

3 - *Com. 13 Nov. 1968 : D. 1969, 238 ; J.C.P. 68, IV 207. Comme la Cour de Cassation, Paris 3ème 6 Juil. 1970 a qualifié la faillite personnelle de mesure d'intérêt public.*

4 - *op. cit. N° 20, p. 420.*

Ainsi définie la faillite personnelle est bien le complément de la banqueroute car chaque sanction joue un rôle propre indépendant de l'autre tout en le complétant.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Depuis la loi du 13 Juillet 1967, la faillite personnelle et la banqueroute règlent le sort de l'homme indépendamment du sort de l'entreprise.

Ces deux sanctions ont un domaine d'application commun puisqu'elles répriment les mêmes personnes, dont l'entreprise est en état de cessation des paiements pour des agissements, qui recoupent l'ensemble de l'activité économique.

Alors que le sort de l'entreprise dépend de critères purement objectifs, puisque la procédure collective n'est qu'un mode de sélection économique (1), le sort de l'homme dépend de critères subjectifs. Si son comportement a été correct, il n'encourt aucune sanction, s'il a commis les faits répréhensibles prévus par les articles L. 106. S. et L. 126. S. il sera ou pourra être frappé de faillite personnelle et même condamné pour banqueroute.

---

1 - Cf. DERRIDA, "à propos de la faillite personnelle", D. 75. chron. 201, n° 1.

Les deux procédures qui pourront se dérouler ne sont pas antagonistes mais parallèles, car chacune tout en poursuivant la même finalité d'assainissement, ne cherche pas le même but. La faillite personnelle doit prévenir les agissements ou éliminer du circuit commercial, alors que la banqueroute doit punir. Ainsi leur complémentarité ne fait aucun doute.

Le législateur de 1967 a prévu une répression complète de l'homme, unique en Europe puisqu'aucun droit étranger ne dissocie le sort de l'homme et de l'entreprise. (1).

Deux ombres au tableau ne permettent pas à la faillite personnelle de jouer pleinement son rôle.

- sa trop grande sévérité, qui correspond à la mort civile et qui fait hésiter les magistrats consulaires chargés de la prononcer. Une réforme avec la possibilité de la limiter dans le temps, comme cela est possible lorsqu'elle est prononcée à titre complémentaire de la banqueroute, est indispensable.

---

1 - J. BEGUIN. "La punition des hommes" dans "les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé" ouvrage collectif RODIERE, BEGUIN, DERRIDA, TREILLARD, TERRE, etc collection économica. 1976.

- son manque d'efficacité, mais un projet de loi est à l'étude pour pallier cette maladresse de la loi de 1967.

Ainsi le sort de l'homme pourrait être réglé d'une manière satisfaisante dans le cadre de la dissociation de l'homme et de l'entreprise. Cependant cette séparation des deux objectifs n'apparait pas aussi clairement dans le sort de l'entreprise.

Mais à part ces deux remarques très importantes, il faut louer les mérites du législateur d'avoir doter le droit français d'un système aussi complet pour le sort de l'homme.

Cependant la séparation de l'homme et de l'entreprise, si elle apparait réalisée dans le sens du premier ne l'est pas autant dans le sens de la seconde, ce qui fera l'objet de notre seconde partie.

DEUXIEME PARTIE

LE SORT DE L'ENTREPRISE

L'indépendance entre les mesures patrimoniales et les sanctions de l'homme est-elle atteinte ?

La réponse à cette question est fondamentale, car c'est d'elle que dépend la réalisation de la volonté du législateur.

Il ressort de tous les travaux, qui ont précédé ou suivi la loi du 13 Juillet 1967, le même souci de voir réaliser la dissociation effective du sort de l'homme et de l'entreprise. Comme nous venons de le constater, ce premier objectif est atteint à peu près complètement, en ce sens que le comportement de l'homme est jugé sur des critères totalement indépendants des procédures collectives.

Dans le même ordre d'idées, ces dernières devraient régler le sort de l'entreprise sur des critères objectifs indépendamment des sanctions

de l'homme. Plus de dix ans après l'entrée en vigueur de cette réforme nous pouvons constater que cet objectif est diversement atteint.

En effet, le sort de l'entreprise semble subir une certaine influence de la faillite personnelle et de la banqueroute. D'une part, ces deux sanctions peuvent avoir une incidence directe sur les mesures patrimoniales. D'autre part, il existe un risque de contradiction entre les procédures collectives et la procédure pénale de la banqueroute.

Ce sont ces deux aspects que nous envisagerons au cours des développements suivants en étudiant :

- les incidences communes de la faillite personnelle et de la banqueroute (titre I)

- les incidences propres à la banqueroute (titre II).

T-I T R E I

LES INCIDENCES COMMUNES

La faillite personnelle et la banqueroute, telles qu'elles résultent de la loi de 1967, ont-elles des incidences sur la vie de l'entreprise ?

En principe les mesures patrimoniales devraient être prises en fonction de critères exclusivement objectifs et économiques, abstraction faite de toute appréciation subjective. Or, il faut constater que la réalité semble différente, puisqu'une interdépendance subsiste entre les sanctions et la vie de l'entreprise.

Pour atteindre son objectif, la loi de 1967 aurait dû dégager la notion d'entreprise (1) mais elle ne l'a pas fait et les sanctions retenues ne produisent pas les mêmes effets sur les entreprises en société (chapitre I) et sur les entreprises individuelles. (chapitre II).

---

1 - GUYENOT, "Règlement judiciaire et liquidation des biens, faillites personnelles et infractions spéciales". Ed. Licet. pp. 117 à 125. ALLIOT (Mme) in faillite op. cit. p. 396 n° 5.

C H A P I T R E Ier

LES ENTREPRISES EN SOCIETE

Les dispositions nouvelles ont été conçues pour les personnes morales, auxquelles elles s'adaptent naturellement. (1).

Les incidences entre les sanctions et les mesures prises à l'encontre des entreprises en société ont pu être évitées grâce à l'autonomie du patrimoine social que réalise la personnalité morale.

Cependant certaines interférences demeurent inévitables puisque la procédure collective sert de support à la faillite personnelle et à la banqueroute. Un dirigeant social, dont l'entreprise n'a pas cessé ses paiements ne peut être frappé de faillite personnelle ou condamné pour banqueroute, même s'il a commis les faits répréhensibles. (2). Sans doute il est

---

1 - Cf. C. LABRUSSE (Mme), in. "Faillites", op. cit., p. 37, n° 30.

2 - Articles L. 106 et suivants, et articles L. 126 et suivants.

dangeureux mais sa nocivité ne s'est pas encore manifestée par la cessation des paiements.

Dans ce contexte des incidences nombreuses se produiront sur la vie de l'entreprise en société mais il semble que le législateur les ait voulues pour réaliser ses objectifs.

Tout d'abord le concordat -qui devrait permettre à l'entreprise de se rétablir- ne sera accordé que si les dirigeants malhonnêtes ou imprudents n'exercent plus de responsabilités au sein de l'entreprise, et l'on peut parler d'une incidence sur la survie de la personne morale. (section 1).

D'autre part, la faillite personnelle entraîne des conséquences sur le pouvoir de décision dans la personne morale. (section 2).

SECTION 1 - INCIDENCES SUR LA SURVIE DE LA PERSONNE MORALE

Dans l'hypothèse la plus fréquente d'une société commerciale, la faillite personnelle et la banqueroute vont frapper les dirigeants sociaux indépendamment de l'entreprise. Leur élimination du circuit commercial peut laisser subsister la société et la procédure collective n'est pas influencée par leurs fautes. Le règlement judiciaire et le concordat restent possibles, même s'ils sont frappés de faillite personnelle et de banqueroute.

Cependant deux textes viennent contrarier ce schéma : les articles L. 72- 4° et L. 75 alinéa 2.

L'article L. 72 - 4° interdit au tribunal d'homologuer le concordat si la direction de la personne morale est encore assurée par les dirigeants "contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite (1), soit l'interdiction de diriger ou administrer une entreprise commerciale".

---

1 - ou de la banqueroute par le jeu de l'article L. 126.

L'article L. 75 alinéa 2 prévoit la résolution obligatoire, par le tribunal, du concordat accordé à une personne morale lorsque les dirigeants sanctionnés assument en droit ou en fait la direction de cette personne morale.

A première vue, ces deux textes semblent en contradiction avec l'esprit de la loi puisque les sanctions de l'homme exercent une influence sur les mesures patrimoniales.

Cependant, il faut se demander, si, au contraire, ces textes ne font pas une application indispensable pour réaliser la finalité de la loi.

I - L'INFLUENCE DES SANCTIONS DE L'HOMME SUR LES MESURES PATRIMONIALES.

Les mesures patrimoniales prises à l'encontre de l'entreprise doivent tendre, dans la mesure du possible, au redressement de l'entreprise et pour parvenir à ce but les juges consulaires doivent rechercher la possibilité d'un règlement judiciaire aboutissant à un concordat qui présente des garanties. Pour une partie de la doctrine il convient de sauver l'entreprise "à tout prix" (1) et les sanctions de l'homme ne doivent absolument pas exercer une influence sur l'octroi du concordat.

---

1 - DERRIDA. op. cit. N° 268. p. 286.

Or, les articles L. 72-4° et L. 75 alinéa 2 prévoient le refus d'homologation et la résolution du concordat lorsque les sanctions atteignent le dirigeant social.

A - LE REFUS D'HOMOLOGATION DU CONCORDAT (article L. 72 - 4°)

Jusqu'en 1955, tout débiteur commerçant dont le tribunal compétent avait constaté l'état de cessation des paiements pouvait, en principe, présenter un concordat. Les conditions d'obtention étaient très faciles à obtenir et il était rarement refusé. Certains débiteurs éprouvaient souvent des difficultés à l'honorer ou ne l'honoraient pas du tout. Cette situation appelait de sévères critiques. Le décret du 20 Mai 1955 a essayé de remédier à cette situation. Ce texte a instauré des règles précises pour l'homologation du concordat, auxquelles la loi de 1967 n'a apporté que des retouches minimes.

Cependant, l'article L. 72 parait plus restrictif que l'ancien article 566 du Code de Commerce : le tribunal n'accorde l'homologation "que si...", ce qui implique qu'il devra exercer un contrôle sévère sur les conditions d'homologation, qui donnent lieu à une énumération précise :

- respect des conditions légales de validité : régularité de la procédure, formalités d'information des créanciers etc...

- caractère sérieux des dispositions votées

- motif d'intérêt public

- absence de toute déchéance pour les dirigeants sociaux.

Aux termes du 4 ° de l'article L. 72, le tribunal n'accorde l'homologation que :

"si, en cas de règlement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle ci n'est plus assurée par les dirigeants contre lesquels ont été prononcées soit la faillite personnelle soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale".

Il convient d'observer que les termes employés par l'article L. 72 - 4° ne sont pas ceux de l'article L. 108. Le premier vise seulement les dirigeants contre lesquels a été prononcée soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger "une entreprise commerciale". Il n'est pas question de l'interdiction de gérer "seulement une personne morale" contenue dans l'article L. 108. Par conséquent, le dirigeant n'est obligatoirement écarté de la direction de sa société que si cette société est de nature commerciale. S'il s'agit d'une société civile, l'interdiction de gérer une entreprise commerciale reste sans effet : le gérant peut continuer ses fonctions.

Il s'agit là d'une situation étrange. Le gérant d'une société civile immobilière, qui a "démérité" au point de se voir interdire de diriger toute entreprise commerciale, pourra conserver ses fonctions.

Malgré cette inadvertance, il semble que le législateur ait voulu empêcher l'obtention d'un concordat par l'entreprise menée par des dirigeants frappés de faillite personnelle. Contrairement à l'opinion d'une partie de la doctrine, nous pensons que l'article L. 72 - 4° doit être modifié dans un sens plus large en étendant le refus d'homologation à toutes les personnes morales.

B - LA RESOLUTION DU CONCORDAT : ARTICLE L. 75 ALINEA 2.

Le concordat non homologué n'est qu'un projet et n'a pas force exécutoire. Une fois homologué, il est en principe irrévocable. Cependant dans sa conception française il s'agit d'un contrat et comme tout contrat il peut être atteint de vices susceptibles d'entraîner sa nullité.

Ces principes sont traditionnels et ont été appliqués depuis la loi de 1848 qui a prévu l'annulation du concordat, et le décret de 1955 reproduit les mêmes dispositions.

La loi du 13 Mai 1964 ébranle la théorie classique du concordat -contrat en autorisant la résolution d'office par le tribunal.

La loi du 13 Juillet 1967 a repris les dispositions de la loi du 13 Mai 1964 en maintenant au tribunal le droit de se saisir d'office et de prononcer la résolution du concordat. Mais elle a rajouté des causes de résolution, ce qui élargit le champ d'application.

L'article L. 75 institue quatre causes de résolution du concordat. Les deux premières (inexécution des engagements concordataires et inobservation des délais accordés) s'appliquent à tous les débiteurs, et n'ont aucun lien avec les sanctions de l'homme. La troisième (interdiction d'exercer une activité commerciale) n'intéresse que les personnes physiques (1). Enfin la dernière cause qui nous intéresse ici, ne vise que les personnes morales, c'est le cas des dirigeants déclarés en faillite personnelle et assurant à nouveau la direction de la personne morale.

Aux termes de l'article L. 75 alinéa 2 :

"le tribunal résout le concordat accordé à une personne morale, lorsque les dirigeants contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale, assument de nouveau, en fait ou en droit, la direction de cette personne morale. Si l'interdiction frappe les dirigeants en cours d'exécution du concordat, celui-ci est résolu, à moins que ces dirigeants, ne cessent en fait d'exercer les fonctions qu'il leur est interdit de remplir".

Dans le cadre de notre étude, le cas qui nous intéresse est celui d'une personne morale, dont les

---

1 - *Infra. p. 171*

dirigeants ont été frappés de faillite personnelle pendant la procédure de règlement judiciaire. Les dirigeants ainsi frappés doivent immédiatement cesser leurs fonctions, sinon l'homologation du concordat sera refusée. (1). En principe, ils n'assument plus de fonctions au sein de la société, mais il peut arriver qu'ils réapparaissent après l'homologation. S'il en est ainsi le concordat doit être résolu.

Dans ce domaine le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain pour déterminer si des dirigeants "assument de nouveau en fait ou en droit la direction de la société". Cette solution s'impose en raison des difficultés que rencontrent les magistrats consulaires à distinguer les dirigeants de fait dont les agissements sont masqués par des "hommes de paille", qui prennent le titre leur permettant d'exercer les fonctions de direction d'une manière occulte. (2).

On peut reprocher à ces textes d'être en contradiction avec la distinction de l'homme et de l'entreprise puisque la faillite personnelle et la banqueroute exercent une influence sur les mesures patrimoniales.

---

1 - Article L. 72 - 4°, supra. p. 150

2 - Supra. p. 31

Cependant, il faut se demander s'ils ne font pas une application nécessaire en permettant la réalisation des objectifs de la loi.

II - LA VOLONTÉ DU LÉGISLATEUR.

Il est évident que ces textes sont en contradiction avec le principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise. Cependant, une partie de la doctrine estime qu'au contraire ils en font une application nécessaire. (1).

Puisque les dirigeants frappés des sanctions ne peuvent plus gérer l'entreprise, ils doivent être remplacés ou celle-ci doit disparaitre.

Il serait anormal de vouloir sauver l'entreprise à tout prix, sans réaliser l'assainissement du monde des affaires. Le législateur a voulu un équilibre, qui se caractérise par l'alternative proposée aux dirigeants frappés de faillite personnelle :

- démission et remplacement ou disparition de l'entreprise.

1°) démission et remplacement des dirigeants.

Pour sauver l'entreprise les dirigeants frappés de faillite personnelle devront démissionner

---

1 - Cf. TOUJAS et ARGENSON, la réforme de la faillite, J.C.P. 1968. I. 2179, n°. 174.

et être remplacés. Ce remplacement pose souvent des problèmes, surtout dans les sociétés commerciales d'importance moyenne (1), dont l'activité est intrinsèquement liée à l'activité du ou des dirigeants.

Pourtant il ne faut pas s'arrêter à ce type d'arguments, car la faillite personnelle sera prononcée dans la plupart des cas par des tribunaux de commerce formés de commerçants. Ces magistrats consulaires sont particulièrement aptes à apprécier chaque situation et à discerner les fautes des dirigeants. Ainsi, lorsque la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger une personne morale sera prononcée, l'élimination du ou des dirigeants, ainsi frappés, devra être effective et la crainte de liquidation de l'entreprise suffira à réaliser l'assainissement du monde des affaires.

2°) la liquidation de l'entreprise.

Si le ou les dirigeants frappés de faillite personnelle restent à la tête de l'entreprise le concordat ne sera pas homologué (2) ou il sera résolu (3) et l'entreprise sera liquidée.

Cette sanction supplémentaire pèse comme une épée de Damoclès et donne davantage d'efficacité aux sanctions de la loi du 13 Juillet 1967.

---

1 - Du type P.M.E. (petites et moyennes entreprises)

2 - Article L. 72 - 4°

3 - Article L. 75 alinéa 2.

Toutefois si le remplacement des dirigeants coupables est impossible, les sanctions auront une incidence directe sur les mesures patrimoniales et la finalité de la loi ne sera pas respectée. Mais, nous devons constater que si ce remplacement s'avère impossible, c'est la preuve que personne ne veut prendre le relais et que l'entreprise ne doit plus être économiquement viable, ce qui justifie sa liquidation.

SECTION 2 - INCIDENCES SUR LE POUVOIR DE DÉCISION DANS L'ENTREPRISE.

La faillite personnelle et la banqueroute doivent tendre à l'élimination et à la punition du dirigeant coupable et le législateur a pris toutes les mesures nécessaires pour parvenir à cet objectif.

A côté du principe général d'élimination, hérité du passé, la loi de 1967 a voulu aller plus loin en évitant toute influence du dirigeant , sur le pouvoir de décision de l'entreprise qu'il a conduite à la cessation des paiements.

Deux nouvelles déchéances, contenues dans l'article L. 111, tendent à re valoriser le processus d'assainissement. L'une est impérative, la faillite personnelle prive de plein droit les dirigeants sanctionnés du droit de vote dans les assemblées de personnes morales en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens.

La deuxième, facultative, est beaucoup plus efficace puisqu'elle permet l'élimination définitive des dirigeants indésirables. L'article L. 111 alinéa 2 donne au tribunal la faculté d'enjoindre aux dirigeants ou à certains d'entre eux de céder leurs

parts ou actions, ou d'en ordonner la vente forcée par les soins d'un mandataire de justice.

I - PRIVATION DU DROIT DE VOTE POUR LES DIRIGEANTS SANCTIONNES.

Lorsque le dirigeant d'une personne morale en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens est frappé de faillite personnelle ou d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale, quelqu'en soit la forme, l'article L. 111 alinéa 1 lui interdit de voter dans les assemblées générales des personnes morales en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, dont il est membre. (1). Cette sanction découle de plein droit de la décision de faillite personnelle et le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. Il peut seulement, à la requête du syndic, désigner un mandataire chargé d'exercer ce droit à la place du dirigeant sanctionné.

Cette déchéance pose certaines difficultés d'interprétation, notamment pour savoir si elle s'accompagne de l'interdiction de participer aux décisions émanant des dirigeants eux-mêmes ; par exemple la participation du président sanctionné aux délibérations du conseil d'administration. La réponse

---

1 - *M. RODIERE relève l'aspect ambigü de l'article L. 111 alinéa 1. S'agit-il seulement de priver le débiteur du droit de vote dans la personne morale qu'il dirigeait, ou peut-on étendre cette interdiction à toutes les personnes morales ? Il semble que l'on ne doive retenir qu'une interprétation restrictive.. (Précis Dalloz, Droit Commercial, t. II, 1er fasc. JULLIOT de la MORANDIERE et R. RODIERE, 5° éd.).*

à ces questions ne peut faire le moindre doute. Si on prive les dirigeants du droit de voter dans les assemblées générales à l'aide de leurs parts dans le but de leur éviter d'exercer une influence personnelle, a fortiori il faut les empêcher d'intervenir au niveau du conseil d'administration dans les décisions qu'ils font prendre ou qu'ils prennent eux mêmes.

Par cette disposition, le législateur a voulu éviter que le dirigeant sanctionné et écarté de la direction puisse influencer l'entreprise, mais il a été plus loin dans cette voie en prévoyant l'éventualité d'une cession des parts et actions de la personne morale.

II - LA CESSION DES PARTS SOCIALES OU ACTIONS.

Le désir du législateur de séparer le sort de l'homme de celui de l'entrepreneur touve indiscutablement dans la structure sociétaire son terrain d'élection. C'est dans ce domaine qu'il a fécondé de nombreuses règles, dont la plus significative et la plus hardie est celle de l'article L. 111 alinéa 2.

Ce texte, que M. DERRIDA n'a pas hésité à présenter comme "la clef de voûte du système légal" (1)

---

1 - La réforme, op. cit. n° 6, p. 21.

tend à l'éviction des dirigeants malhonnêtes ou incapables. En donnant au tribunal la possibilité de les contraindre à la vente de leurs parts sociales ou actions de la personne morale sous le coup d'une procédure collective, le législateur a voulu les priver de toute influence sur le groupement qu'ils ont conduit à la cessation des paiements.

Mais en disposant que le produit de cette vente est affecté au paiement de la part des dettes sociales mises à la charge des dirigeants, le législateur a introduit un doute en ajoutant un rôle de garantie au rôle d'assainissement. Cette dualité de fondement nuit à la clarté de l'article L. 111 alinéa 2 dont la rédaction trop laconique ne permet pas une application harmonieuse. (1).

Pour certains auteurs, il ne semble pas que la cession des parts sociales et actions soit destinée à éliminer définitivement les anciens dirigeants de la personne morale dans laquelle ils avaient des intérêts mais simplement à les obliger à acquitter des

---

1 - A ce jour nous n'avons pu que constater l'absence de jurisprudence connue sur ce sujet. L'Institut de Recherches et d'Etudes pour le traitement de l'information juridique de la Faculté de Droit de MONTPELLIER ne signale aucune décision rendue par la Cour de Cassation (depuis 1967) par les Cours d'Appel de MONTPELLIER (depuis 1967), de NIMES (depuis 1970), de PARIS (depuis 1971).

dettes sociales dans la mesure où ils n'ont pas exécuté la condamnation prononcée contre eux. (1).

Cette affectation des sommes parait répondre aux observations du Rapport de l'Inspection Générale des Finances (2), mais l'article L. 111 alinéa 2 n'apporte pas un remède satisfaisant et avec M. CABRILLAC nous reléguons au second plan la fonction de garantie attribuée à ce texte. (3).

L'article L. 111 alinéa 2 répond davantage à un besoin de sécurité : priver le dirigeant social incapable ou malhonnête de toute possibilité de peser sur le destin de la personne morale. Certes, il ne concourt à ce résultat que dans une mesure modeste, puisque le but est atteint par le jeu des conséquences automatiquement attachées à la faillite personnelle. L'interdiction de diriger une entreprise, de l'administrer, ou de la contrôler et la privation du droit de vote aux assemblées générales paraissent suffisantes. Elles réalisent une véritable purge, mais manquent de dynamisme. Les mandataires "ad hoc" désignés dans le cadre de l'article L. 111 alinéa 1 risquent de manquer d'autorité et plus simplement d'intérêt. Leur rôle sera probablement plus ou moins passif, alors qu'une thérapeutique s'impose.

---

1 - ARGENSON et TOUJAS, op. cit. n° 1432, p. 416.

2 - Aspects économiques de la Faillite et du règlement judiciaire, bibliothèque de Droit Commercial, t 20, n° 214, p. 105.

3 - "La vente de ses parts ou actions imposée au dirigeant social en faillite personnelle" in. Mélanges A. JAUFFRET, Grap, impr., Louis Jean 1974 p. 164 à 166.

Pour faire repartir l'entreprise, il faut rechercher une véritable impulsion, qui ne peut venir que de l'arrivée de nouveaux actionnaires et dirigeants, ce qui sera plus facile dans les entreprises d'une certaine importance. Lorsque les "ponts seront rompus" d'une manière définitive avec les anciens dirigeants ils auront les mains libres pour donner à l'entreprise la vitalité qui lui a fait défaut.

C'est dans ce contexte qu'il faut envisager le rôle de l'article L. 111 alinéa 2, qui se situe bien dans l'esprit de la loi de 1967.

Ainsi, juridiquement, toutes les chances sont ouvertes pour permettre la survie de la personne morale lorsque les dirigeants fautifs auront été éliminés. L'influence de la faillite personnelle et de la banqueroute n'est pas contraire à la volonté du législateur mais elle est indispensable. Cependant il n'en est pas de même pour l'entreprise individuelle.

CHAPITRE 2

LES ENTREPRISES INDIVIDUELLES

La dissociation de l'entreprise et de ses dirigeants suppose une pluralité de patrimoines que l'on rencontre dans les personnes morales entre l'entreprise et ses dirigeants.

A la différence du droit allemand, qui donne au commerçant individuel un second patrimoine d'affectation, le droit français reste profondément attaché à l'unité du patrimoine. C'est pour cela que la dissociation sera difficilement réalisée pour l'entreprise individuelle. D'ailleurs les dispositions de la loi de 1967 sont conçues pour les entreprises en société, aucune n'étant relative au commerçant individuel.

Pour certains auteurs, la distinction de l'homme et de l'entreprise impose que soit reconnue... sur le terrain juridique, l'existence de la notion d'entreprise, comprenant tous les

facteurs matériels et humains (1) et que l'entreprise individuelle soit personnifiée. (2).

Certains auteurs ont cru voir dans la loi du 13 Juillet 1967 les prémices d'une définition de la notion d'entreprise (3) mais il faut constater que la révolution annoncée par le garde des sceaux (4) a avorté car, l'entreprise individuelle n'a pas été détachée de son débiteur commerçant.

Dans ce contexte l'influence de la faillite personnelle et de la banqueroute sur les personnes morales sera beaucoup plus forte puisque les sanctions de l'homme se répercuteront sur l'entreprise sans aucun écran. Dans ces conditions, l'on peut craindre que l'objectif voulu par le législateur de 1967 ne soit pas atteint.

Mais plus grave encore, l'article L. 79 alinéa 2 vient augmenter l'influence des sanctions personnelles sur les mesures patrimoniales. Ce texte ordonne au tribunal de convertir le règlement

---

1 - *V. HAMEL et LAGARDE, tr. élém. dr. com. t. 1, n° 208 et suiv. R. MARTIN, l'entreprise fait son entrée dans le droit Ann. Loyers, 1968, p. 363 CHAMPEAUD et PAILLUSSEAU.*

2 - *DERRIDA, La réforme, op. cit. n° 7, p. 22.*

3 - *GUYENNOT, op. cit., p. 119 n° 15*

4 - *Débats, p. 1610.*

judiciaire en liquidation des biens lorsque la personne du débiteur :

"... se trouve dans l'impossibilité de continuer son activité en raison des déchéances dont elle est frappée".

Ainsi dès que le débiteur commerçant individuel sera frappé d'une telle interdiction son entreprise devra être liquidée, même si elle est en mesure d'honorer un concordat, à moins qu'elle ne puisse être cédée en bloc.

Nous étudierons successivement l'influence des sanctions personnelles sur le concordat accordé à l'entreprise individuelle (section 1) avant de rechercher si la rigueur des textes ne peut pas être atténuée par une cession de l'entreprise (section 2).

SECTION 1 - INCIDENCES SUR LA SURVIE DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE.

Il est indiscutable que les dispositions de la loi de 1967 ne produisent pas les mêmes effets sur les personnes morales et sur les entreprises individuelles. Comme nous venons de le voir, la faillite personnelle et la banqueroute des dirigeants sur les personnes morales n'auront pas d'incidences en raison de la possibilité d'éviction de ceux-ci. Pour les entreprises individuelles il ne peut en être ainsi, et nous devons nous interroger sur l'opportunité de ces dispositions et l'éventualité d'un concordat accordé à une entreprise individuelle.

En droit français le concordat est un contrat (1) qui intervient dans le cadre de la loi, entre le débiteur et ses créanciers et qui met fin à la procédure de règlement judiciaire. Mais pour l'obtenir l'homme doit être digne de traiter avantageusement

---

1 - Par opposition à l'école germanique du "concordat-jugement", la doctrine française est quasi-unanime pour admettre le "concordat-contrat", THALLER, dr. com. n° 2068 - PERCEROU et DESSERTEAUX n° 1289. LYON - CAEN et RENAULT, VIII, n° 631 bis. RIPERT Tr. dr. com. 1948, n° 2841. La jurisprudence a consacré cette théorie : Cass. 21 Juil. 1903 : D.P. 1903, I, 594 ; S. 1903, 1,449.

avec ses créanciers. S'il a commis des fautes prévues par les articles L. 106 S. il doit être déclaré en faillite personnelle, et de ce fait il perd le bénéfice du règlement judiciaire, sanction qui entraîne de plein droit l'interdiction de proposer un concordat.

Ces dispositions vont à l'encontre de l'objectif du législateur qui a voulu valoriser le concordat (1) pour permettre le rétablissement d'entreprises viables sur le terrain économique sans que le sort des dirigeants puisse influencer la décision patrimoniale. Il faut constater que cet objectif n'est pas atteint et que le système présente une contradiction flagrante.

Suivant le voeu du garde des sceaux de l'époque M. FOYER, lorsque le tribunal constate la cessation des paiements, il doit opter entre la liquidation des biens et le règlement judiciaire (2), il ne doit pas se préoccuper de savoir si le débiteur est indigne ou incapable, mais uniquement des possibilités pour l'entreprise de redresser sa situation à la faveur d'un concordat sérieux.

---

1 - DERRIDA, La réforme..., op. cit. n° 9, p. 27.

2 - Art. L. 7 : "le tribunal prononce le règlement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur est en mesure de proposer un concordat sérieux et, dans le cas contraire, la liquidation des biens.

Malheureusement pour l'harmonie du système légal, les questions que la loi lui interdit de se poser à l'origine de la procédure, elle lui fait une obligation de les résoudre par la suite.

C'est ainsi que postérieurement à son homologation, le concordat pourra être annulé ou résolu.

Par ailleurs, en cours de procédure le règlement judiciaire devra être converti en liquidation des biens sans recherche d'un concordat possible et sérieux.

I - L'ANNULATION ET LA RÉSOLUTION D'UN CONCORDAT ACCORDE À UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE ENTRAINEES PAR LA FAILLITE PERSONNELLE ET PAR LA BANQUEROUTE.

En principe, lorsque le concordat est homologué, la procédure du règlement judiciaire est close et il ne peut plus y avoir de faillite personnelle à titre principal. (1). Cependant elle peut intervenir par l'intermédiaire de la banqueroute, dont elle est la sanction accessoire, (2) et qui peut être prononcée à tout moment, même longtemps après la clôture de la procédure. (3).

---

1 - SUPRA. p. 87. s.

2 - Article L. 126.

3 - SUPRA. p. 87. s.

Cependant, il faut se demander si postérieurement à la procédure, la faillite personnelle et la banqueroute, par l'intermédiaire des déchéances qu'elles entraînent, peuvent provoquer l'annulation ou la résolution du concordat.

A - L'ANNULATION DU CONCORDAT ACCORDE A UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE PEUT ELLE ETRE ENTRAINEE PAR LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE.

Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 13 juillet 1967, la banqueroute simple ou frauduleuse était une cause d'annulation du concordat au même titre que le dol. L'article L. 76 ne cite plus que le dol et la banqueroute ne produit plus désormais l'annulation du concordat.

Cependant sa survenance n'est pas sans influence sur le sort de l'entreprise. En vertu de l'article L. 126 le débiteur déclaré banqueroutier se trouve ipso facto en état de faillite personnelle. Il est ainsi frappé de l'interdiction de diriger une entreprise commerciale. Or l'interdiction d'exercer une activité commerciale est une cause de résolution du concordat (1) tandis que l'article L. 79 alinéa 2

---

1 - Infra. p. 171 article L. 75 - 3°.

impose au tribunal la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens, si le débiteur se trouve dans l'impossibilité de continuer son activité en raison des déchéances dont il est frappé. (1).

Ainsi la banqueroute et la faillite personnelle ne sont plus des causes d'annulation du concordat, ce qui est très important puisque le concordat annulé est considéré comme non avenu (2) avec toutes les conséquences que cela peut entraîner.

Si par inadvertance, le tribunal accordait un concordat à un débiteur en état de faillite personnelle il devrait revenir sur sa décision en prononçant la résolution prévue par l'article L. 75 3°.

B - LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE ENTRAINENT LA RESOLUTION DU CONCORDAT ACCORDEE A UNE ENTREPRISE INDIVIDUELLE.

Comme nous l'avons envisagé pour les personnes morales, la loi de 1964 a introduit une révolution dans la théorie du "concordat-contrat" en donnant au tribunal le pouvoir de se saisir d'office pour résoudre un concordat. La loi de 1967 a maintenu ce droit au tribunal et ceci nous permet de constater l'extension

---

1 - Infra. p. 176

2 - Cass. 24 mars 1891 : D.P. 1891, 1, 145 - Cass. Req. 26 novembre 1971 : gaz. pal. 1931, 1, 709.

des pouvoirs du tribunal au détriment des initiatives des créanciers, qui ne cessent de s'amenuiser.

Parmi les quatre causes de résolution de l'article L. 75 les deux premières se justifient par le droit des obligations (inexécution des engagements concordataires et inobservation des délais accordés par les créanciers privilégiés). La troisième (1) et la quatrième (2) se justifient par l'indignité du débiteur. On retrouve ici le souci d'épuration qui a inspiré notre législation pendant les années qui ont suivi la dernière guerre mondiale.

A la première vue cette cause de résolution édictée par l'article L. 75, alinéa 1, 3°, ne peut résulter de la faillite personnelle du débiteur par application de l'article L. 106 puisque le jugement qui la prononce ne peut intervenir qu'en cours de procédure et que l'homologation du concordat met un terme à cette dernière. Ce n'est que par le biais de la banqueroute dont elle est l'accessoire que la faillite personnelle exercera une influence sur le concordat et pourra entraîner sa résolution. (3).

---

1 - Article L. 75 alinéa 1, 3° : "... 3° lorsque le débiteur est frappé, pour quelque cause que ce soit, de l'interdiction d'exercer une activité commerciale..."

2 - Supra p.170

3 - Article L. 126 ;

Pour M. DERRIDA, il s'agit d'une sanction supplémentaire, la disparition de l'entreprise venant s'ajouter à l'interdiction d'exercer une profession commerciale (1). Cette observation nous paraît absolument contraire à la tendance de la loi de 1967 qui devrait distinguer l'homme de l'entreprise et au besoin les séparer.

La résolution du concordat par l'article L. 75, alinéa 1, 3° se justifie par le souci d'assurer l'assainissement des professions commerciales et bien qu'elle entre en contradiction avec le besoin de dissocier l'homme de l'entreprise, nous pensons qu'il s'agit d'une nécessité.

Il est improbable que le législateur de 1967 ait voulu maintenir l'entreprise "à tout prix" et que le concordat soit accordé trop facilement, comme dans le système antérieur à 1955. Il semble plutôt qu'au contraire le législateur ait voulu conserver des sécurités, afin d'éviter que le débiteur indigne puisse poursuivre son activité.

Si l'entreprise est viable et nécessaire à l'intérêt général, la solution pourrait être recherchée dans la cession globale de l'entreprise, à moins qu'en cours de procédure, certaines dispositions n'interdisent cette possibilité.

---

1 - La réforme..., n° 145, p. 167.

II - LA CONVERSION DU RÈGLEMENT JUDICIAIRE EN LIQUIDATION DES BIENS ENTRAINEE PAR LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE.

Selon l'article L. 79, le tribunal doit convertir le règlement judiciaire en liquidation des biens lorsque le concordat est annulé ou résolu. C'est ainsi que la résolution du concordat entraînée par la banqueroute et la faillite personnelle aboutira à la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens et à l'état d'union des créanciers. Cette solution se situe dans la logique du système et n'interviendra que dans des hypothèses relativement rares. (1).

Mais la faillite personnelle et la banqueroute portent une atteinte plus grave au sort de l'entreprise avec l'alinéa 2 de l'article L. 79. Ce texte prévoit la conversion obligatoire du règlement judiciaire en liquidation des biens lorsque la personne physique débitrice :

"... se trouve dans l'impossibilité de continuer son activité en raison des déchéanches dont elle est frappée".

Cette interdiction étant attachée à toutes les décisions de faillite personnelle (2) et à toutes

---

1 - A notre connaissance aucune décision de jurisprudence portant sur cette espèce n'a été publiée.

2 - Article L. 105 alinéa 2.

les condamnations pour banqueroute (1) le champ d'application de ce texte sera très vaste et d'autant plus important qu'il est écrit en termes impératifs . La jurisprudence a eu l'occasion de le confirmer en précisant qu'il ne laisse aucune possibilité d'appréciation du tribunal saisi. (2).

Ce texte est surprenant puisqu'il permet de reproduire les effets de la législation antérieure à 1967 et de réduire à néant les remèdes apportés par le législateur dans ce domaine.

a) l'article L. 79 alinéa 2 et la législation antérieure à 1967.

Par l'article L. 79 alinéa 2, l'influence du sort de l'homme sur celui de l'entreprise sera aussi forte qu'avant 1967, lorsque l'on constate que les cas obligatoires de faillite personnelle (3) englobent toutes les hypothèses qui dans la législation de 1955 rendaient la faillite obligatoire ou obligeaient le tribunal à convertir le règlement judiciaire en faillite. Ainsi, comme par le passé, l'option entre les deux procédures sera influencée par les fautes de l'homme aussi profondément et même davantage.

---

1 - Article L. 126 alinéa 2

2 - Cf. ROUEN 17 Nov. 1972 : D. 73, som., 26 - ORLEANS 2 Déc. 1974 ; D. 75, som. 51.

3 - Article L. 106 et L. 107 ;

En effet, la banqueroute simple était un cas facultatif de conversion (1) et désormais elle entraîne de plein droit la faillite personnelle (2), ce qui rend obligatoire la procédure de liquidation des biens.

Dès lors les critiques adressées à l'ancienne législation peuvent être reprises et les remèdes de la loi de 1967 semblent réduits à néant.

b) l'article L. 79 alinéa 2 et la loi de 1967.

Le législateur de 1967 voulait apporter une solution aux imperfections du système que la doctrine et la pratique avaient décelées. (3). Ces dernières dénonçaient le dilemme devant lequel se trouvait le juge : ou bien appliquer strictement la loi en sacrifiant l'entreprise, ou bien sauver l'entreprise en fermant les yeux sur les fautes de son ou de ses dirigeants.

Bien que dans l'ensemble de la réforme, le législateur ait apporté des solutions satisfaisantes pour remédier aux imperfections du système antérieur,

---

1 - Ancien article 575 - 4° du Code de commerce.

2 - Article L. 126 alinéa 2.

3 - Aspects économiques, op. cit. N° 215.

nous devons constater que l'article L. 79 alinéa 2 remet tout en question et nous devons nous interroger sur l'opportunité de ce texte.

Il est improbable que cette situation ait pu échapper aux auteurs de la loi, nous pensons qu'au contraire elle a été voulue par le législateur. Ce dernier n'a réellement recherché la dissociation du sort de l'homme de celui de l'entreprise que pour les personnes morales.

Monsieur le Doyen HOUIN -promoteur de l'idée- estimait que la dissociation ne devait pas être étendue aux commerçants individuels car la notion de fonds de commerce suffit généralement à assurer la continuité de l'entreprise. (1).

Pour d'autres, cette extension est impossible en l'état de notre droit car elle impliquerait la reconnaissance juridique de la notion d'entreprise, la "personnification de l'entreprise individuelle", qu'il n'est pas possible de mettre en oeuvre sans porter atteinte à l'unité du patrimoine. Ecarter l'entrepreneur individuel du secteur commercial, c'est le contraindre à liquider son exploitation. Pour ces auteurs ce n'est pas un concordat qui pourra sauver

---

1 - HOUIN, Permanence de l'entreprise..., op. cit. n° 3.

l'entreprise et le règlement judiciaire n'a donc plus de raison d'être. (1).

Ces arguments très percutants ne nous apparaissent pas très convaincants, parce qu'ils semblent liés à une conception du concordat que n'impose pas l'esprit de la réforme. Pour notre part, nous pensons que malgré l'article L. 79 alinéa 2, une solution peut être trouvée en envisageant la cession de l'entreprise liée à un concordat présentant toutes les garanties requises.

---

1 - DERRIDA, La réforme..., op. cit. n° 7 et 145, p. 22 et 166 - LABRUSSE (Mme), op. cit. n° 30, p. 37.

SECTION 2 - L'INCIDENCE DE LA FAILLITE PERSONNELLE ET DE LA BANQUEROUTE SUR L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE PEUT ELLE ÊTRE ÉVITÉE PAR LA CESSION DE L'ENTREPRISE ?

L'influence de la faillite personnelle et de la banqueroute sur la survie de l'entreprise se trouve en opposition avec l'objectif du législateur de séparer le sort de l'homme de celui de son entreprise. Aussi nous devons rechercher comment, en l'état actuel de notre droit, cette interférence peut être évitée ?

Une solution doit être trouvée pour éviter la dislocation de l'entreprise lorsque celle-ci est viable. L'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire prouve que cette dernière conservait des chances de subsister et probablement de redresser une situation compromise par la maladresse ou la malhonneteté de son dirigeant. C'est dans le but de sauver l'entreprise, lorsqu'elle pourrait l'être, que le législateur a instauré les règles de la loi du 13 Juillet 1967.

Pour certains auteurs, la seule issue est la cession globale et à forfait des éléments du fonds de commerce intervenant dans le cadre d'une liquidation de biens. (1).

Pour notre part, nous pensons qu'il est possible de sauver l'entreprise, lorsqu'elle pourrait l'être, par la cession de sa propriété ou de son exploitation liée à un concordat dans le cadre d'un règlement judiciaire.

I - LA CESSION DE L'ENTREPRISE DANS LE CADRE D'UNE LIQUIDATION DES BIENS.

Cette solution existait avant la loi de 1967 puisque l'ancien article 592 du code de commerce permettait la cession à forfait de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier dont la réalisation n'aurait pas pu être opérée, mais il exigeait une décision des créanciers votée à une certaine majorité.

En prévoyant également la cession à forfait dans son article 88 la loi de 1967 en facilite la réalisation puisque dorénavant l'initiative peut émaner soit d'un créancier, soit du débiteur, soit du syndic. Il n'appartient plus à l'assemblée des créanciers de faire connaître sa volonté et seul le tribunal

---

1 - DERRIDA, La réforme, op. cit. n°161 , p.183 .

appréciera s'il convient d'accorder l'autorisation, en fixant les conditions auxquelles cette cession sera subordonnée.

L'entreprise pourra être cédée en bloc, notamment au profit d'un locataire-gérant qui assurerait l'exploitation. (1). Certains auteurs préconisent aussi la formation par le personnel d'une société qui gérerait l'entreprise. On aboutirait ainsi à une sorte d'"auto-gestion", qui à notre époque de "participation" peut prendre un certain relief. (2). Cette formule apparait très séduisante car elle permet de sauvegarder les intérêts des salariés. Cependant certaines expériences récentes ne nous permettent pas de croire à l'efficacité de cette solution. (3).

La cession globale de l'entreprise à une société commerciale, à un autre commerçant ou au personnel permet de maintenir l'entreprise mais elle se heurte à certains principes de notre droit. Dans cette hypothèse la liquidation de biens aboutit à un résultat contraire à son fondement, puisqu'elle implique la disparition de l'entreprise qui n'est pas viable sur le terrain économique.

---

1 - Au sénat, on avait proposé la désignation d'un mandataire de justice. Débats, p. 738.

2 - DERRIDA, op. cit., p. 24, n° 7.

3 - L'affaire LIP.

Cette solution aboutit à une véritable expropriation et par son entremise la faillite aura conservé son caractère traditionnel de voie d'exécution collective.

Nous pensons que le législateur n'a pas voulu ce résultat pour assurer la survie de l'entreprise. Cet objectif doit se rechercher dans le cadre du règlement judiciaire dont c'est le fondement.

II - LA CESSION DE L'ENTREPRISE LIEE À UN CONCORDAT DANS LE CADRE D'UN RÈGLEMENT JUDICIAIRE.

La cession de l'entreprise liée à un concordat n'a pas été envisagée ni par les auteurs de la loi ni par la majorité de la doctrine. Leur conception du règlement judiciaire ne leur permet pas de prendre un concordat sans laisser l'homme à la tête de ses affaires. Puisque ce dernier n'est pas en mesure de poursuivre son activité, son entreprise doit être vendue dans le cadre d'une liquidation des biens.

Cette solution ne nous apparait pas conforme à la finalité de la loi car, dans cette hypothèse la faillite personnelle influe le choix de la procédure collective. De plus la conception du concordat nous parait limité à la sauvegarde de l'entreprise alors, qu'il devrait être considéré comme un moyen d'aboutir à un aménagement des intérêts en présence.

Pour M. DERRUPPE, il faudrait admettre que le concordat est possible malgré la cession de l'entreprise ou tout au moins la cession de son exploitation. (1).

Aucune disposition n'interdit cette solution et de plus, elle aurait le mérite de correspondre parfaitement à la volonté du législateur, de dissocier le sort de l'entreprise de celui de l'homme.

Ainsi la cession de l'entreprise nous parait possible et nous pouvons en rechercher les modalités dans la cession des immeubles.

A - LA POSSIBILITE D'UNE CESSION DE L'ENTREPRISE

La cession de l'entreprise liée à un concordat dépend essentiellement de la conception retenue de ce dernier. Pour M. DERRIDA, dès que l'entrepreneur individuel est écarté du secteur commercial, il est contraint de liquider son exploitation. Le concordat ne peut sauver l'entreprise et le règlement judiciaire n'a pas de raison d'être. (2). Comme nous venons de le voir dans ces conditions la seule issue possible, pour sauver l'entreprise de la dislocation, c'est la cession

---

1 - *Cours policopié de Droit Commercial, Licence en Droit 4° année 1976 - 1977. Librairie Montaigne BORDEAUX p. 118.*

2 - *DERRIDA, la réforme..., op. cit. n° 7, p. 22, C. LABRUSSE, op. cit., n° 30, p. 37.*

globale et à forfait des éléments du fonds de commerce. (1).

Ces arguments ne nous apparaissent pas convaincants car ils sont liés à une conception du concordat que n'impose pas l'esprit de la réforme.

Parce que l'accent a été mis sur la sauvegarde de l'entreprise, on a conclu que le concordat ne doit être homologué qu'en fonction des chances de rétablissement de l'entreprise, l'intérêt des créanciers à bénéficier de meilleures perspectives de remboursement ne doit être que secondaire et a paru de toute façon incompatible avec l'éviction du débiteur de la direction de l'entreprise. Il est vrai que l'image traditionnelle du concordat "remettre le débiteur à la tête de ses affaires", accréditait cette conclusion et conduisait aisément à penser qu'il est inutile de composer avec quelqu'un qui va être privé de son outil de travail.

Mais c'est précisément cette conception que la réforme de 1967 et les idées qui l'ont inspirée devraient aider à remettre en cause. Le refus du concordat n'est plus le moyen d'éliminer de mauvais débiteurs. Cette élimination est assurée par les diverses

---

1 - Infra. p. 185

sanctions. L'intérêt des créanciers peut dès lors se manifester tout autant que la sauvegarde de l'entreprise. Il est faux de penser que ces buts sont divergents ou que ces intérêts sont en conflit.

On peut parfaitement concevoir un concordat sérieux lié à une cession de la propriété ou de l'exploitation de l'entreprise. Si le débiteur doit être exclu comme dirigeant à cause de ses fautes, il n'est pas pour autant privé de toute activité et il peut trouver dans les ressources d'une nouvelle profession ou grâce aux biens qui n'étaient pas investis dans son entreprise, les moyens de prendre des engagements sérieux dont les créanciers tireront plus de profit que dans une liquidation immédiate de son patrimoine.

Dans ces conditions rien ne s'oppose à ce que la cession de l'entreprise facilite le concordat tout comme la cession des immeubles ouvre la voie à un concordat sérieux.

Sur le plan pratique cette cession ne peut-elle adopter les modalités analogues à celle de la cession des immeubles dans le cadre du règlement judiciaire ?

B - LES MODALITES DE LA CESSION DE L'ENTREPRISE.

Dans une perspective législative la vente des immeubles au cours de la période préparatoire du règlement judiciaire pourrait offrir un modèle intéressant à la cession des entreprises liée à un concordat.

Ces deux sortes d'aliénation présentent de nombreuses similitudes. Dans les deux cas nous nous trouvons en présence de situations analogues : l'entreprise rencontre des difficultés ayant entraînées la cessation des paiements et la vente d'un bien pourrait lui ouvrir la voie d'un concordat sérieux. Ainsi dans les deux hypothèses, l'aliénation donne une chance d'assurer la survie de l'entreprise et nous pensons que rien ne s'oppose à ce que cette aliénation porte sur l'entreprise, dont le propriétaire n'est plus en mesure d'assurer l'exploitation en raison des déchéances découlant de la faillite personnelle.

Le législateur n'a pas, du moins expressément, fixé de manière intégrale le régime précis auquel doit être soumis ce type d'aliénation, ainsi la pratique et la doctrine sont longtemps restées dans l'embarras, d'autant plus que les décisions jurisprudentielles étaient rares.

Prohibée par l'article 5 de la loi de 1889, l'aliénation des immeubles a connu de nombreuses atténuations, surtout après le décret du 20 Mai 1955. Devant le silence de ce texte la doctrine s'est divisée en partisans et adversaires de cette

aliénation. (1). Si la prohibition fut admise comme principe, les atténuations furent nombreuses (2) et l'incertitude demeura jusqu'en 1967.

La législation nouvelle ne résoud pas expressément le problème mais fournit un principe de solution dans l'article L. 14 :

"Le jugement qui prononce le règlement judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, assistance obligatoire du débiteur par le syndic pour tous les actes concernant l'administration et la disposition des biens .

Si le débiteur, ou les dirigeants sociaux refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine, le syndic peut y procéder seul, à condition d'y être autorisé par le juge-commissaire.

---

1 - *Partisans : HOUIN, rev. trim. dr. com. 1957, p. 720, n° 15 ; in. encycl. jurid. Dalloz n° 1695. ARGENSON, TOUJAS et DURHEIL, Règlement judiciaire et faillite, tr. et formul., 3° éd. n°s 364 à 369. JULLIOT de la MORANDIERE, RODIERE et MOVIN, Précis Dalloz de droit com. t. 2, 2° éd. n° 294.*
Adversaires : R. HONORAT "les innovations du décret du 20.5.1955, relatives aux faillites et règlement judiciaires" n° 221. DERRIDA "l'aliénation des immeubles pendant la période préparatoire de la faillite et du règlement judiciaire" : J.C.P. 1959, I, 1534.

2 - *V. DERRIDA "l'aliénation des immeubles pendant la période préparatoire du règlement judiciaire" : Rev. synd. 1970, II, 63.*

Il en est ainsi, notamment lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires, de procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, de vendre des objets soumis à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, d'intenter ou de suivre une action mobilière ou immobilière."

On peut déduire de ce texte, déclarant obligatoire l'assistance du débiteur par le syndic, que tous les actes concernant l'administration et la disposition des immeubles peuvent être librement accomplis selon leur initiative commune, l'autorisation du juge-commissaire n'étant obligatoire qu'au cas où le syndic entendrait passer outre au refus du débiteur.

La majorité de la doctrine semble limiter cette possibilité à la vente des immeubles dispendieux à conserver. Dans cette optique, la perspective d'un concordat ne devrait guère inciter le débiteur à liquider une partie de son patrimoine. Il ne sera tenté de le faire que lorsqu'une telle entreprise lui permettra de mieux organiser ses affaires en s'assurant des disponibilités ou en désintéressant certains créanciers privilégiés susceptibles de faire échouer son redressement.(1).

---

1 - DERRIDA, "L'aliénation des immeubles... op. cit. p. 181.

Cette opinion nous paraît très restrictive et nous pensons que la vente des immeubles ne limite pas les chances de concordat. Au contraire, il faut admettre qu'elle est de nature à faciliter non seulement le concordat mais aussi la sauvegarde de l'entreprise, à laquelle ces immeubles ne sont pas indispensables. On devrait reconnaître sur le fondement de l'article L.14 alinéa 1 (1), que la vente amiable des immeubles est toujours possible avec l'accord du débiteur et du syndic . Ce n'est qu'en cas de refus du débiteur que la vente sera subordonnée aux conditions de nécessité impérieuse indiquées dans l'article L. 14 alinéa 2. (2).

De la même manière la vente de l'entreprise peut être effectuée dans les mêmes conditions. Cette solution a le mérite d'aboutir à un compromis. En effet, cette vente est également de nature à favoriser non seulement le concordat et la sauvegarde de l'entreprise, mais aussi les créanciers, dont les chances d'être intégralement remboursés augmentent d'une manière considérable.

Ainsi, nous pensons que les modalités de l'aliénation des immeubles avant concordat peuvent être étendues à cette cession. Dans la pratique elle devrait avoir lieu avec le concours du débiteur,

---

1 - op. cit. p. 181.

2 - op. cit. 181 : dépérissement prochain, dépréciation imminente, conservation dispendieuse.

car il semble difficile au syndic de passer outre à son refus. Cependant, cette hypothèse n'est pas à exclure et le syndic pourra demander l'autorisation au juge-commissaire. Dans tous les cas, il est probable que le syndic préferera solliciter son autorisation, bien que cette dernière ne puisse avoir pour effet d'atténuer sa responsabilité. Malgré cela il semble normal de solliciter cette autorisation, car la cession de l'entreprise touche de trop près l'objet même de la procédure collective.

De la même manière que la cession de l'entreprise à forfait dans le cadre d'une liquidation des biens et l'aliénation des immeubles avant concordat, cette cession pourra se réaliser :

- soit de gré à gré.
- soit aux enchères.

Cette possibilité de concordat liée à la cession de l'entreprise sera de nature à sauvegarder le maintien de celle-ci. L'expérience prouve que la perspective de la liquidation ne facilite pas la cession du fonds de commerce. Sachant la vente inévitable, les candidats à la succession se font rares et ils préférent attendre pour profiter du partage des disponibles.

L'intérêt des créanciers ne se heurte pas ici à l'intérêt général. Vu à travers la permanence de l'entreprise, l'intérêt général, comme l'intérêt des créanciers, commande que l'on recherche toute possibilité de concordat sérieux et il est inexact de croire

que cette possibilité soit toujours incompatible avec l'éviction du débiteur fautif.

Le législateur semblait s'être engagé dans la bonne voie lorsqu'il a indiqué dans l'article L. 7 que le règlement judiciaire était uniquement fonction de : "la possibilité de proposer un concordat sérieux". Il est dommage que cette affirmation qui traduisait parfaitement l'esprit de la réforme ait été contredite dans ce malencontreux article L. 79 alinéa 2, qui maintient une confusion regrettable inutile entre les sanctions personnelles et les procédures de concours.

CONCLUSION du TITRE I

L'incidence de la faillite personnelle et de la banqueroute sur la sauvegarde de l'entreprise est très différente selon la nature de cette dernière.

Elle a pu être évitée sur les personnes morales en raison de la personnalité morale et ainsi parce que les règles de la loi de 1967 ont été élaborées pour elles.

Pour les entreprises individuelles il n'en est pas de même car pour éviter l'interférence de ces sanctions sur la survie de l'entreprise, il faut reconnaître que le concordat n'est pas incompatible avec la vente de certains biens ni même avec la cession de l'entreprise. En bref, il suffit de maintenir le règlement judiciaire tant qu'il y a des chances de concordat sérieux quelles que soient les fautes commises par le débiteur.

Cependant ce résultat ne pourra pas être atteint sans l'abrogation de l'article L. 79 alinéa 2, qui apporte une exception injustifiée à une position de principe, qui a reçu l'assentiment de tous.

Si pour éviter l'incidence de la faillite personnelle et de la banqueroute il n'est pas opportun de faire abstraction des meilleurs principes, il n'en est pas de même des poursuites pénales de la banqueroute, qui peuvent entraîner des décisions contradictoires avec les procédures collectives.

T I T R E II

LES INCIDENCES PROPRES A LA BANQUEROUTE

Il peut se produire que deux procédures se déroulent parallèlement devant deux juridictions, sur des éléments communs et aboutissent à des solutions totalement divergentes.

C'est ainsi qu'un commerçant dont l'entreprise rencontre d'importantes difficultés, peut être poursuivi pour banqueroute devant le tribunal correctionnel et en même temps par le tribunal de commerce en vue d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens. Ainsi, il est à craindre que chaque juridiction n'interprête pas de la même manière les éléments communs et contribue à créer une situation confuse. Il serait en effet choquant de voir un commerçant condamné pour banqueroute alors que son entreprise n'est soumise à aucune procédure collective.

Dans ce cas, le tribunal de commerce n'a pas constaté la cessation des paiements que le juge pénal a retenue comme élément du délit de banqueroute.

Cette situation peut se rencontrer dans de nombreuses hypothèses et les risques de contradiction des décisions sont importants.

Pourtant une règle générale devrait éviter cela. L'article 4 alinéa 2 du Code de Procédure Pénale (1) pose le principe résumé par l'adage :

"le criminel tient le civil en état".

En vertu de cette règle, dont le caractère d'ordre public a été vivement discuté (2), le tribunal de commerce devrait surseoir à statuer.

Cependant l'application de cette règle dans le droit de la "faillite" pose de nombreuses difficultés. Aujourd'hui encore le droit positif n'est pas nettement fixé et nous devons nous interroger pour savoir si elle peut être appliquée ou si son éviction s'impose.

---

1 - "... *Toutefois, il est sursis au jugement de cette action exercée devant la juridiction civile tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement.*

Quelque soit la réponse à cette question un dilemme naitra. En effet, si l'application de la règle évite le risque de contradiction de décision, elle entraine une influence directe de la banqueroute sur la décision patrimoniale. Par contre l'éviction de la règle entraine un risque de contradiction de décision mais évite, en principe, l'influence de la banqueroute sur le sort de l'entreprise.

Au cours de ce titre, nous étudierons :

- la portée de la règle dans le droit positif français. (chapitre 1).

- l'éviction de la règle dans le droit de la "faillite". (chapitre 2).

CHAPITRE 1ER

LA PORTEE DE LA REGLE "LE CRIMINEL TIENT LE CIVIL EN ÉTAT" DANS LE DROIT POSITIF FRANCAIS

La règle "le criminel tient le civil en état" n'est pas nouvelle dans notre droit puisqu'elle était connue sous l'ancien droit. Le législateur révolutionnaire la consacra (1) et elle fut reprise par le Code d'Instruction Criminelle de 1811 puis par le Code de Procédure Pénale de 1958 dans son article 4 alinéa 2. Les travaux préparatoires de ces deux codes restèrent muets sur son fondement et de nombreuses discussions s'établirent à son sujet. Cependant elles tendent de plus en plus à s'estomper et la quasi-totalité des auteurs modernes s'accorde à estimer que le sursis à statuer instauré par cette règle est destiné à

---

1 - Loi du 6 brumaire an II, puis Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV dans son article 8.

assurer le respect de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. (1).

Il faut remarquer que le même fondement a été consacré par les droits étrangers, qui aboutissent à des solutions analogues. (2).

C'est aussi ce qui ressort de certaines décisions, qui font expressément référence à l'autorité de la chose jugée. (3).

---

1 - MERLE et VITU, traité de Droit Criminel 2° éd. n° 1092 p. 308, BOUZAT et PINATEL traité de droit pénal et de criminologie tome II. N° 1050, p. 1011. 2° éd. CACHIA, la règle "le criminel tient le civil en état" dans la jurisprudence, J.C.P. 1955. I. 1248, n° 10. PRALUS, "observations sur l'application de la règle" le criminel tient le civil en état" : rev. sce. crim. 1972. 31.

2 - Droit italien : art. 24, C.P.P. - droit belge : SASSERATH, NOVELLES, C.J.B. procédure pénale p. 183 et C.A. BRUXELLES, 26 oct. 1910 : PASICRISIE 1911 II, 85. Des dispositions analogues se trouvent dans les législations allemande, espagnole, hollandaise, norvégienne, et yougoslave. Cf. DONNEDIEU de VABRES, traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3° éd. p. 643 note 3.

3 - Soc. 14 oct. 1970 : Bull. civ. V N° 522. Civ. 2° 11 fév. 1970. Bull. civ. II. 49 Civ. 1er 3 Juin 1969 : J.C.P. 69, IV, 192. Com. 22 Juil. 1968, Bull. civ. IV 49 et surtout Civ. 2° 24 Avril 1958 : gaz. Pal. 58, 1, 417, qui fait expressément référence à l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil.

Il est éminemment souhaitable que la justice civile et la justice pénale suivie de deux actions, qui prennent leur source dans le même fait ne soient pas amenées -par suite des procédures différentes- à donner des interprétations différentes conduisant à des jugements contradictoires.

L'application de cette règle dans le droit de la faillite a le grand mérite d'éviter des risques de contradictions choquantes que nous avons évoquées plus haut. Cependant son application soulève de nombreuses difficultés. Pourtant l'ancien article 561 du code de commerce disposait qu'il devait être sursis au concordat pendant le cours de la poursuite pour banqueroute frauduleuse, mais l'article L. 138 n'a pas repris cette disposition et une certaine incertitude peut régner en la matière. Aussi nous devons étudier les conditions d'application de la règle "le criminel tient le civil en état" avant d'envisager son étendue, notamment dans le droit de la "faillite".

SECTION 1 - LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA RÈGLE

Pour que le jugement de l'action civile soit suspendu il faut que deux conditions soient réunies. En premier lieu, il est indispensable que l'action publique ait ét é mise en mouvement avant ou pendant l'exercice de l'action civile devant le tribunal civil -ou de commerce-. En second lieu il faut que les deux actions procèdent du même fait.

I - NÉCESSITÉ D'UNE MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE.

L'action publique doit être effectivement mise en mouvement devant le juge compétent avant l'engagement du procès civil -ou commercial- ou au cours de ce procès. Cette condition légale (1) est réalisée en cas de citation directe par le ministère public ou la partie lésée devant le tribunal correctionnel ou de police, ainsi qu'en cas de saisine du

---

1 - article 4 alinéa 2. C.P.P.

juge d'instruction, soit par un réquisitoire introductif du Procureur, soit par une constitution de partie civile.

La jurisprudence admet qu'en cas de constitution de partie civile contre X ou qu'en cas d'information ouverte contre X, l'action publique est mise en mouvement et que par suite le tribunal civil doit surseoir à statuer alors même qu'il n'aurait été procédé à aucune inculpation contre personne dénommée. (1).

Encore faut-il, en cas de constitution de partie civile, que la plainte apparaisse suffisamment sérieuse et non comme une manoeuvre dilatoire. (2).

Dans tous les cas, si l'action publique n'est pas mise en mouvement, le juge civil n'a pas à surseoir à statuer, en cas de dénonciation ou de plainte simple sans constitution de partie civile. (3).

De toute façon, c'est à la partie qui sollicite le sursis qu'il appartient d'établir que l'action publique est en cours et non au tribunal de s'informer

---

1 - Com. 8 nov. 1973 : J.C.P. 1973, IV, 411.

2 - Civ. 16 fév. 1967 : Gaz. Pal. 1967, 1, 314.

3 - Req. 3 janv. 1972 : Rec. Sirey, 1872, I, 270 conclusions REVERCHON Civ. 17 janv. 1968 : Bull. civ. n° 98 ; Civ. 30 Avril 1970 : D. 1970, somm. 189.

auprès du Procureur de la République sur la suite qu'il a donné à la plainte reçue. (1).

II - IDENTITÉ DE FAIT ENTRE LES DEUX ACTIONS.

Pour que le juge civil soit obligé de surseoir à statuer, il faut que l'action publique et l'action civile soient relatives au même fait.

Cette seconde condition est tirée de la jurisprudence qui précise qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait identité d'objet, ni même de cause. (2). Il suffit qu'il existe entre les deux actions une question commune que le tribunal ne puisse trancher sans constater l'infraction commise et par suite sans risquer de se mettre en contradiction avec le tribunal répressif. (3).

---

1 - *Crim. 21 juil. 1947, Gaz. Pal. 1947, 2, 196. Civ. 13 mars 1950 : D. 1950, 414.*

2 - *Civ. 21 juin 1957 J.C.P. 1958, II, 10958 note CACHIA ; Civ. 9 févr. 1966 : J.C.P. 1966, IV, 41.*

3 - *Tribunal de VOUZIERS, 22 mai 1947 : D. 1947, 435, rev. trim. dr. civ. 1948. 68, obs. MAZEAUD. Civ. 21 oct. 1961 : J.C.P. 1962, II, 12566, note CHAMBON.*

SECTION 2 - L'ÉTENDUE DE LA RÈGLE

Afin d'éviter que la justice pénale et la justice civile, saisies de deux actions qui prennent leur source dans le même fait, ne soient amenées à donner de ce fait des interprétations divergentes, le juge civil devra surseoir à statuer. Il est évident qu'il devra vérifier l'existence de l'action publique au moyen des éléments qui lui seront apportés. (1). La question qui se pose est celle de connaître l'étendue de la règle, en d'autres termes, à quelles actions le sursis à statuer s'impose t-il ? Il faut également se demander si la règle "le criminel tient le civil en état" peut s'appliquer au domaine de la faillite.

I - ACTIONS AUXQUELLES S'APPLIQUE LA RÈGLE.

La question ne fait plus l'ombre d'un doute aujourd'hui, puisque la jurisprudence a maintes fois rappelé que le sursis à statuer s'impose aux actions civiles et aux actions à fins civiles.

---

1 - Com. 13 mars et 24 avril 1972 : Bull. civ. IV, n°s 86 et 121.

A - LES ACTIONS CIVILES.

Aux termes de l'article 4 alinéa 2 du Code de Procédure Pénale, toutes les actions civiles se trouvent provisoirement paralysées du fait de la règle "le criminel tient le civil en état" jusqu'à ce que soit intervenue une décision définitive sur l'action publique. (1).

Par action civile, il faut entendre toutes les actions exercées devant un tribunal -autre qu'une juridiction répressive- (2) en réparation du dommage directement causé par l'infraction et qui a pour fondement la faute pénale. C'est à dire une action civile qui aurait pu être valablement intentée devant un tribunal répressif et jugée accesoirement à l'action publique. Par exemple une action en réparation du préjudice corporel résultant d'un délit ou d'une contravention pour blessures par imprudence. (3).

Ainsi l'application de la règle aux actions civiles ne soulève pas de difficulté, mais il n'en est pas de même des actions à fins civiles.

---

1 - *V. DERRUPPE, La notion particulière de décision définitive en procédure pénale, in. quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, sous la direction de G. STEFANI, 1953, p. 117 et s.*

2 - *CACHIA, "le criminel tient le civil en état" dans la jurisprudence, J.C.P. 1955, I, 1245, N° 12.*

3 - *Art. 320 et R. 40 4° du Code Pénal.*

B - LES ACTIONS A FINS CIVILES.

L'identité de fait entre ces actions à fins civiles et l'action publique est assez discutable. Il s'agit des actions qui font l'objet d'un procès civil et qui sont de nature civile mais qui sont nées du même fait matériel que celui qui est à la base de l'action publique. Cependant ces actions n'ont pas pour objet la réparation du dommage causé par l'infraction, comme par exemple l'action en divorce pour adultère, alors que ce délit est poursuivi devant le tribunal correctionnel.

Bien que la loi ne vise que l'action civile, c'est à dire l'action en réparation du dommage causé par un crime, délit ou contravention, la jurisprudence a soumis à l'application de la règle "le criminel tient le civil en état" les actions civiles ou à fins civiles, pourvu qu'elles soient nées du même fait que celui qui sert de base à l'action publique.

II - L'APPLICATION DE LA RÈGLE AUX ACTIONS RELATIVES A LA "FAILLITE"

Théoriquement la règle "le criminel tient le civil en état" devrait s'appliquer aux procédures collectives, puisque toutes les conditions d'application sont remplies. Dès lors que les poursuites pour banqueroute sont engagées, l'action publique est en mouvement, ensuite ces procédures et l'ouverture du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens sont soumises à la preuve d'un même fait, la cessation des paiements. De plus dans le cas d'une entreprise

individuelle, on trouve une condition commune supplémentaire, la qualité de commerçant.

Ainsi, il est probable qu'aucune contestation ne devrait s'élever. D'ailleurs, la jurisprudence fournit assez peu d'exemples de procédures collectives de règlement judiciaire ou de liquidation des biens interrompues par l'ouverture d'une information pour banqueroute. Dès lors que la qualité de commerçant et la cessation des paiements sont certaines, aucune contradiction n'est à craindre et personne ne devrait invoquer le sursis.

Cependant, il n'en est pas toujours ainsi, car il peut y avoir des doutes sur l'existence d'une cessation des paiements, surtout depuis que la jurisprudence a distingué cette notion du simple fait matériel de l'arrêt des paiements. (1).

Par ailleurs, la qualité de commerçant peut donner lieu à des contestations lorsque les procédures collectives concernent des personnes qui ont une profession incompatible avec l'exercice du commerce et qui se voient reprocher l'accomplissement d'actes de commerce.

Pour éviter des risques de contradictions entre les décisions la règle "le criminel tient le civil en état" devrait s'appliquer. Cependant notre droit positif semble refuser de l'appliquer.

---

1 - Supra. p. 40

CHAPITRE 2

L'EVICTION DE LA REGLE "LE CRIMINEL TIENT LE CIVIL EN ÉTAT" DANS LE DROIT DE LA "FAILLITE"

Logiquement, l'adage "le criminel tient le civil en état" aurait dû imposer l'application du sursis à statuer en droit commercial et plus particulièrement dans le domaine des procédures collectives. Pourtant la jurisprudence commerciale est très réticente à surseoir à statuer et nous pourrons envisager son éviction de la matière.

Dans la plupart des cas, ce refus d'appliquer la règle n'entraîne pas de difficultés importantes, mais le risque de provoquer des contrariétés de décisions entre les juridictions commerciale et pénale.

Ces contradictions sont difficiles à éviter car chaque juridiction poursuit un objectif différent. Cependant aucune disposition légale ne permet d'écarter cette règle et c'est probablement pour cela que ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont osé se prononcer clairement en faveur de l'éviction. (section 1).

Pourtant cette dernière s'avère nécessaire pour assurer l'indépendance du sort de l'entreprise par rapport au sort de l'homme et seul le législateur peut écarter cette règle d'ordre public. (section 2).

SECTION 1 - L'INCERTITUDE DES SOLUTIONS

Depuis longtemps le droit positif s'est prononcé pour l'éviction de la règle "le criminel tient le civil en état" dans le domaine de la faillite. Toutefois sa position n'apparait pas clairement définie. D'abord la jurisprudence n'est pas fixée. Ensuite les arguments développés par la doctrine, pour justifier cette éviction, ne sont pas décisifs.

I - LA JURISPRUDENCE

Bien que toutes les conditions d'application soient réunies, la jurisprudence commerciale s'est montrée très réticente à surseoir à statuer dans le domaine des procédures collectives. L'analyse de cette jurisprudence exprime indiscutablement la volonté d'indépendance du commercial par rapport au criminel. Cependant cette position n'apparait pas très ferme et ses insuffisances peuvent être critiquées.

A - L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE.

Lorsque l'on examine cette jurisprudence nous devons noter une tendance très nette à l'éviction de la règle. Ce phénomène se caractérise par une indépendance complète et respective des juridictions

civiles et pénales, d'une part parce que la chose jugée au criminel ne s'impose pas aux juges consulaires, d'autre part parce que les tribunaux de commerce invoquent de nombreux motifs pour refuser de surseoir à statuer.

1 - LA CHOSE JUGEE AU CRIMINEL NE S'IMPOSE PAS AUX JUGES CONSULAIRES.

Depuis une jurisprudence établie au XIXème siècle il est indéniable que la chose jugée au criminel ne s'impose pas aux juges consulaires. (1). Cette position peut se justifier par le particularisme du droit commercial d'une part, mais aussi d'une certaine réciprocité, qui pourrait découler de la liaison entre les juridictions civiles et pénales d'autre part. En effet, le tribunal correctionnel est libre de sa décision et notamment en matière de faillite. Ainsi pour la banqueroute il n'est pas tenu par les appréciations des juges consulaires, en ce qui concerne la fixation de la date de cessation des paiements et la détermination de la qualité de commerçant du débiteur. (2).

Dans ce contexte, il semble logique que cette liberté d'appréciation d'une juridiction par rapport à l'autre soit réciproque et que le tribunal de commerce ne soit pas obligé de surseoir à statuer.

---

1 - Req. 30 janv. 1898 : D.P. 1899, 1, 198.

2 - Crim. 19 avr. et 7 nov. 1811 : D.P. 1811, 1, 261.
Crim. 22 mai 1846 : D.P. 1846, 1, 319. LILLE
27 fév. 1954 : Rev. trim. dr. com. 1954. 401.
Crim. 25 janv. 1977 : D. 1977. IR. 125.

D'ailleurs un arrêt de la Cour d'Appel de NIMES est très significatif pour justifier l'éviction de la règle, puisqu'il précise :

"... aucune corrélation n'existant entre la faillite et la banqueroute, l'action publique mise en mouvement à l'occasion de la banqueroute n'entraîne pas le sursis à l'action civile, ...". (1).

Cette indépendance complète et respective des deux ordres de juridictions a entrainé des contrariétés de décisions, mais cet inconvénient n'a pas empêché les tribunaux de commerce de maintenir leur position en recherchant des motifs pour la justifier.

2 - LES MOTIFS INVOQUES POUR JUSTIFIER L'EVICTION DE LA REGLE.

En mettant l'accent sur les inconvénients dilatoires de l'application de la règle, les juges consulaires ont invoqué, pour refuser la règle la rapidité indispensable à leur mission.

Souvent le motif invoqué n'est qu'un subterfuge comme le manque d'identité d'objet entre l'action

---

1 - NIMES 27 oct. 1922 : D.P. 1923.2.58.

publique et l'action civile, ou la non identité des faits soumis aux juridictions. (1). Pourtant, dans la plupart des cas, les faits sont exactement les mêmes et, il ne s'agit que d'un détour utilisé pour éviter l'application de la règle "le criminel tient le civil en état". (2).

Parfois, la formule est différente, les juges consulaires justifient leur position traditionnelle au motif que les faits ne sont pas envisagés sous le même rapport et que les conséquences des deux actions sont différentes. (3). Or, il est évident qu'aucune action civile ne poursuit le même but que l'action publique et l'on peut s'étonner de cette solution.

Dans d'autres cas, les juridictions consulaires refusent purement et simplement de surseoir à statuer en se déclarant seule compétente en la matière. (4). Cette position est très nette et reflète bien la jurisprudence. Cependant, elle est très critiquable, car en invoquant la compétence exclusive du tribunal de commerce, elle nie l'existence même de l'article 4 du Code de procédure pénale.

---

1 - *Com. 19 mai 1958 : Bull. civ. III. n° 197, P. 161. Com. 22 déc. 1959 : Bull. civ. III. n° 440, p. 383. Com. 18 avr. 1962 : Bull. civ. IV. n° 125, P. 124.*

2 - *Com. 28 avr. et 18 juin 1969 : Bull. civ. IV n° 138 p. 135 et n° 232, p. 220. PARIS 22 mai 1970 : Gaz. Pal. 1970, 2, 310.*

3 - *Com. 10 déc. 1968 : Bull. civ. IV, n° p. 317.Com. 8 janv. 1969 : Bull. civ. IV, n° 10, p. 10.*

4 - *Com. 23 fév. 1959 : Bull. civ. III, n° 100, p. 87. Com. 23 févr. 1963 : Bull. civ. III, n° 60, p. 48 AIX. 5 oct. 1976. D. 1977. 475.*

B - LES CRITIQUES DE LA POSITION JURISPRUDENTIELLE.

Cette jurisprudence doit être critiquée car les motifs invoqués par les juridictions consulaires pourraient être repris par n'importe quelle juridiction. Certes les inconvénients dilatoires se font sentir davantage en matière commerciale, où la rapidité est de rigueur, mais ils peuvent se retrouver dans n'importe quelle autre matière. En fait, l'analyse des décisions n'emporte pas la conviction sur la fermeté de la position jurisprudentielle, d'abord parce qu'aucun arrêt n'apparait décisif, ensuite parce que la Cour de Cassation n'a pas vraiment tranché le problème.

1 - LES DECISIONS DE LA COUR DE CASSATION NE SONT PAS DECISIVES.

La plupart des décisions invoquées doivent être éliminées car elles ne concernent pas réellement la question.

Les arrêts qui refusent de faire pour l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil à la suite d'une décision de non-lieu ne peuvent justifier l'éviction de la règle puisque les décisions des juges d'instruction n'ont aucune autorité de chose jugée sur le procès civil. (1).

---

(1) - *DERRUPPE loc. cit. p. 117 et s. n° 22.*

De même nous ne saurions considérer comme décisifs les arrêts relatifs à la conversion d'une liquidation judiciaire en faillite(1), aux poursuites pénales contre un associé (2), et l'arrêt constatant que la loi autorise le tribunal de commerce à modifier la date de la cessation des paiements et que cette faculté lui est accordée bien que la date ait été déterminée à l'occasion d'une condamnation pour banqueroute. (3).

Enfin, il n'est pas possible de tirer un argument valable des arrêts qui proclament l'indépendance des actions mais qui sont relatifs à l'extension de la faillite d'une société sur la base de l'ancien article 446 du Code de Commerce (4) car cette extension n'implique ni la constatation de la qualité de commerçant, ni celle de la cessation des paiements.

2 - LA COUR DE CASSATION N'A PAS TRANCHE LE PROBLEME.

Saisie d'un pourvoi posant clairement la question la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation s'est dérobée en refusant de répondre.

---

1 - NIMES 27 oct. 1922. op. cit. p. 211

2 - Com. 23 févr. 1959. op. cit. p. 212

3 - Req. 30 janv. 1898. op. cit. p. 210

4 - Com. 29 janv. 1968 Bull. civ. p. 212

Dans cette espèce la Cour d'Appel de PAU avait admis le sursis à statuer mais n'en avait pas tiré toutes les conséquences logiques puisqu'elle avait maintenu le jugement prononçant la faillite et s'était contentéede suspendre la procédure.

Au lieu de trancher et de fixer la jurisprudence commerciale, les juges suprêmes évitèrent de répondre en rejetant le pourvoi au motif que le sursis ordonné par la Cour d'Appel n'avait pas été fondé expressément sur l'article 4 du Code de Procédure Pénale et que la seule opportunité d'une bonne administration de la justice l'autorisait à surseoir à l'examen du fond de l'instance et de l'appel. (1).

Ainsi la Cour de Cassation ne tranche ni en faveur de l'application, ni en faveur de l'éviction. D'ailleurs dans une décision plus récente elle a repris les mêmes arguments pour rejeter un pourvoi contre une décision de surseoir à statuer en se fondant sur "l'opportunité d'une bonne administration de la justice". (2).

Cette dérobade est d'autant plus regrettable car elle traduit une hésitation à consacrer l'application de la règle, dont l'éviction n'a jamais été

---

1 - Com. 20 nov. 1968 : Bull. civ. IV, n° 329, p. 298.

2 - Com. 02 juin 1970 : Bull. civ. IV, n° 185, p. 164.

clairement affirmée et justifiée.

II - LA DOCTRINE

La majorité de la doctrine est restée très discrète pour confirmer ou infirmer l'éviction de cette règle dans le droit de la "faillite". La plupart des auteurs se bornait à constater l'indépendance totale des deux ordres de juridictions. (1). En ce qui concerne les risques de contradictions, M. CABRILLAC a pu objecter que l'anomalie n'est qu'apparente. Il s'agit là d'une manifestation de l'autonomie du droit pénal . (2). Cette opinion peut se justifier au motif que les juges répressifs n'envisagent pas les faits sous le même angle que les juges consulaires, étant donné qu'ils n'ont pas à prendre en considération l'intérêt des créanciers mais l'intérêt général.

Seul M. HOUIN a pris nettement position en faveur de l'éviction. Selon lui la règle "le criminel tient le civil en état" et l'autorité de la chose jugée au pénal supposent que l'action civile est liée aux résultats de l'action publique. Or l'action en déclaration de "faillite" n'est pas la conséquence du délit de banqueroute, puisque la faillite peut être

---

1 - *A. HONORAT (Melle) juriscl. Com., arts. 437 à 614-26 fasc. j. 60 n°s 19 et s.*

2 - *"L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles du droit commercial" in. quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, op. cit. p. 308 et s.*

prononcée en dehors de toute poursuite pour banqueroute et qu'elle n'est pas un mode de réparation du dommage causé par ce délit. (1).

Malgré sa logique ce raisonnement ne nous parait pas convaincant.

D'une part, parce que les procédures collectives comme la banqueroute ont deux conditions communes : la qualité de commerçant et la cessation des paiements. Si la juridiction répressive relaxe le débiteur au motif qu'il n'est pas commerçant, ou qu'il ne se trouve pas en état de cessation des paiements, le règlement judiciaire ou la liquidation des biens ne sera possible qu'au prix d'une contradiction flagrante. Or la règle le "criminel tient le civil en état" a pour but d'éviter ce résultat.

D'autre part, s'il est exact d'affirmer que le but de l'action en déclaration de règlement judiciaire ou de liquidation des biens n'est pas de réparer le dommage causé par la banqueroute, cela n'est pas suffisant pour consacrer l'éviction de la règle du sursis, puisqu'elle s'applique également aux "actions à fins civiles" et pas seulement à l'action civile. (1).

---

1 - Rep. Com., V. Faillite personnelle, règlement judiciaire, liquidation des biens (conditions d'ouverture) éd. 1952 n° 211, éd. 1977 par Madame : CAMPANA - REYMOND de GENTILLE, n° 218 et s.

2 - Supra. p. 205

Ainsi, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont justifié cette éviction, qui ne peut être consacrée que par l'intervention du législateur.

SECTION 2 - L'OPPORTUNITE D'UNE INTERVENTION DU LÉGISLATEUR.

La non application d'une règle d'ordre public crée une situation extrememement grave et l'incertitude du droit positif en renforce la gravité.

Dans un tel contexte seul le législateur peut trancher et son intervention se justifie d'une part parce que l'éviction de la règle "le criminel tient le civil en état" porte atteinte au principe de l'autorité du criminel sur le civil et d'autre part parce que cette éviction apparait nécessaire.

I - L'ATTEINTE AU PRINCIPE DE L'AUTORITÉ DU CRIMINEL SUR LE CIVIL.

Il est difficile d'admettre l'éviction de cette règle sans remettre en cause le principe de l'autorité du criminel sur le civil. La consécration de cette éviction entrainerait la suppression de ce principe, ce qui n'apparait pas possible. Aussi il est plus concevable d'envisager de l'écarter dans ce domaine. Pour cela il suffirait de décider que les poursuites pénales de la banqueroute n'entraineraient aucune incidence sur les procédures de règlement

judiciaire et de liquidation des biens. Cette affirmation aurait le mérite de correspondre à la réalité mais elle ne manquerait pas d'entrainer de nombreuses contrariétés de décisions. Et ce sont ces conséquences que l'on cherche à éviter.

Cependant, il faut remarquer que cette restriction ne serait pas tellement contraire au fondement du principe. En effet, ce qui est redouté, c'est la contradiction sur la constatation de l'infraction. Il faut éviter qu'en se prononçant le premier, le tribunal civil ne soit amené à constater l'infraction ou à en nier l'existence. (1). Or, dans le domaine des procédures collectives la divergence ne peut porter que sur un des éléments de l'infraction, ce qui est beaucoup moins grave.

Même si au résultat la contradiction est évidente, il faut reconnaître que cette restriction correspondrait à la pratique de la jurisprudence et qu'elle aurait le mérite de clarifier une situation confuse.

II - LA NÉCESSITÉ DE L'ÉVICTION.

Depuis le décret du 20 mai 1955, aucun des effets attachés par la loi au règlement judiciaire ou à la liquidation des biens ne peut résulter que du seul état de la cessation des paiements. Ces effets

---

1 - STEFANI et LEVASSEUR, op. cit. n° 210.

ne peuvent être invoqués qu'après le jugement déclaratif, prononcé par le tribunal de commerce qui apprécie librement les éléments qui lui sont soumis. Ainsi le principe de l'autorité du criminel sur le civil ne s'applique pas de même que la règle du sursis.

C'est pour cette raison que la jurisprudence commerciale s'est toujours montrée réticente à surseoir à statuer, mais elle n'a pas osé prononcer l'éviction d'une règle d'ordre public.

Cette éviction s'inscrit dans le mouvement d'indépendance du procès civil et du procès pénal que les tribunaux ont nettement favorisé.

Il est en effet paradoxal de faire dépendre l'action civile du résultat de l'action pénale alors qu'elles poursuivent des buts absolument distincts avec des points de vue entièrement différents.

La loi de 1967 a souligné la nécessité de séparer nettement la punition des hommes et l'exécution des engagements de l'entreprise, or la règle du sursis ferait échec à cette finalité. Pour que cette idée soit réellement mise en pratique il est souhaitable que le législateur précise expressément que les procédures collectives et les actions pour banqueroute peuvent se poursuivre parallèlement malgré la règle "le criminel tient le civil en état".

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

Depuis la loi du 13 Juillet 1967, le sort de l'entreprise subit une influence atténuée de la faillite personnelle et de la banqueroute. Devant cette interférence des sanctions de l'homme sur les mesures patrimoniales une modification législative s'impose.

Toutefois l'intervention du législateur devrait se limiter à des retouches puisqu'il suffirait d'abroger un petit texte et d'en rajouter un autre.

C'est à cette condition que le sort de l'entreprise sera vraiment indépendant de celui de l'homme.

CONCLUSION

Le rôle joué par la faillite personnelle et la banqueroute dans le droit français est très important. En mettant l'accent sur la séparation de l'homme et de l'entreprise, la loi du 13 Juillet 1967 leur a assigné une mission très précise et, en principe totalement indépendante des mesures patrimoniales.

Désormais, la faillite personnelle et la banqueroute doivent punir et éliminer les hommes, qui, par maladresse, incompétence ou malhonneteté ont failli à leurs engagements. Elles reprennent avec davantage de précisions l'ensemble des sanctions en vigueur avant la loi de 1967. Ainsi leur champ d'application est nettement délimité et ne devrait pas soulever de difficulté.

Or nous venons de constater que cette finalité est diversement réalisée. En raison de maladresses, plus ou moins volontaires, le législateur n'a pas tout mis en oeuvre pour la réalisation de cet objectif. En effet, le sort de l'entreprise subit l'influence des sanctions et la portée de ces dernières semble limitée.

Il est indéniable que la loi de 1967 a été conçue pour les personnes morales et non pour les entreprises individuelles. C'est ainsi que la loi a pu être critiquée quant à l'influence qu'exercent la faillite personnelle et la banqueroute sur le règlement judiciaire d'une entreprise individuelle. Cependant nous insistons sur le fait que le règlement

judiciaire n'est pas la panacée pour assurer la sauvegarde de l'entreprise, de même que la liquidation des biens n'entraîne pas systématiquement sa disparition.

Le législateur n'a certainement pas souhaité faire une révolution. Il a voulu une évolution, et dans cette optique il faut considérer le règlement judiciaire comme un moyen d'aménagement du règlement du passif. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un compromis entre les intérêts en présence, puisque "tout le monde y perd dans la faillite" (1). D'ailleurs, rien ne permet d'affirmer aujourd'hui que le règlement judiciaire doit assurer à tout prix la sauvegarde de l'entreprise, la liquidation des biens peut également l'assurer dans l'hypothèse de la cession en bloc et à forfait.

Il ne faut surtout pas perdre de vue que dans l'optique du législateur, si l'homme a failli il doit être puni et éliminé, dans le cas d'une entreprise individuelle son exploitation pourra être reprise par une autre personne dans le cadre d'un concordat.

Le seul écueil à ce schéma reste l'article L. 79 alinéa 2. En imposant la conversion systématique du règlement judiciaire en liquidation des biens, lorsque le commerçant est frappé d'interdiction, cet article entraine des conséquences facheuses et son abrogation semble nécessaire.

Par ailleurs, l'application de la règle "le criminel tient le civil en état" et le principe de l'autorité du criminel sur le civil entraineraient une exception injustifiée à l'indépendance du sort de l'entreprise, puisqu'une sanction pourrait suspendre les mesures patrimoniales. La jurisprudence a écarté l'application de cette règle dans le domaine de la "faillite", mais sa position parait insuffisante. Seule, l'intervention du législateur pourrait clarifier cette situation confuse en confirmant l'indépendance du sort de l'entreprise.

En ce qui concerne le sort de l'homme, la punition et l'élimination des fautifs devraient être efficaces et proportionnés à chaque situation. Or, il faut bien constater qu'il n'en est rien et qu'ici aussi l'intervention législative est indispensable.

En abrogeant le texte qui permettait de reprimer le non respect des déchéances, la loi de 1967 a privé malencontreusement la faillite personnelle de toute efficacité pratique. Ainsi les déchéances prévues risquent de demeurer lettres mortes, puisque l'homme sanctionné ne pourra pas être puni tant qu'une autre cessation des paiements ne sera pas constatée. Cette situation est extrêmement grave car un pan entier de la nouvelle législation ne s'applique pas et l'assainissement ne se fait plus.

Malgré ces inconvénients, il faut remarquer que l'intervention législative devrait se limiter à des retouches et non à une réforme complète.

Sur un plan général, nous devons constater la gravité de ces sanctions.

Le rôle de la banqueroute est traditionnel, la punition qu'elle inflige semble logique et équitable dans le contexte actuel.

Par contre la sévérité de la faillite personnelle n'est pas pleinement justifiée. A maintes reprises les corps consulaires ont attiré l'attention des pouvoirs publics sur la restriction de la liberté d'appréciation des tribunaux de commerce dans le prononcé de la faillite personnelle. (1). Il est curieux de constater que lorsque les juges consulaires décident de l'appliquer elle est perpétuelle et, ne peut être limitée dans le temps. Cette restriction est d'autant plus regrettable que les juges répressifs ont la possibilité de limiter la durée des déchéances de la faillite personnelle, prononcée à titre de sanction complémentaire de la banqueroute en vertu de l'article L. 126.

---

1 - Travaux de la conférence des tribunaux de Commerce en France de Novembre 1975. Gaz. pal. 1976,1.

Ainsi, la faillite personnelle et la banqueroute, à quelques exceptions près remplissent leur mission de manière satisfaisante , et nous ne pouvons que souhaiter une adaptation des textes de 1967, qui irait dans le sens d'une meilleure individualisation des sanctions.

Dans le projet de réforme de la "faillite", nous espérons que ces retouches seront effectuées et que la faillite personnelle et la banqueroute atteindront leurs objectifs sans atteindre le sort de l'entreprise.

-"-"-"-"-"-"-"-

- B I B L I O G R A P H I E -

I - TRAITES - OUVRAGES GENERAUX - MANUELS -

ARGENSON (J) et TOUJAS (G) "Règlement judiciaire. Liquidation des biens. Faillite. Traité et formulaire" 4e éd., Paris, Lib. techniques, 1973.

BORD (G) "Règlement judiciaire et liquidation des biens", Paris, Dalloz, Coll. Manuels Dalloz de droit usuel, 1969.

BOUZAT et PINATEL, "traité de droit pénal et de criminologie" tome 2, 2e éd.

BRULLIARD (G) et LAROCHE (D) "Précis de droit commercial", 7e éd., Paris, P.U.F., 1974.

DELMAS - MARTY (M) "Droit pénal des affaires", Paris, P.U.F., Coll. Thémis, 1973.

De JUGLART (M) et IPPOLITO (B). Cours de droit commercial 3e vol., "La réforme de la faillite", éd. Montchréstien.

DERRIDA (F) "La réforme du règlement judiciaire et de la faillite", éd. Répertoire du Notariat Defrénois 1969.

DERRUPPE (J) cours polycopié de droit commercial, licence en droit 4e année 1976-77. Lib. Montaigne Bordeaux.

GUYENOT (J) "Règlement judiciaire et liquidation des biens. Faillite personnelle et infractions spéciales, ed. Licet. 1968.

HAMEL et LAGARDE, "Traité de Droit Commercial", Paris, L.G.D.J., 1954.

HEMARD - TERRE et MABILAT "Sociétés Commerciales", t. 1, Paris, Dalloz, 1972.

LARGUIER "Droit pénal des affaires", Paris, Armand Colin, Coll. U, 1970.

LYON - CAEN - RENAULT et AMIAUD "Traité de droit commercial", Paris, L.G.D.J., t. 7 (5e éd, 1934), t. 8 (5e ed, 1936).

MERLE et VITU" Traité de droit criminel", 2e éd.

PERCEROU et DESSERTEAUX, "Faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires", Paris, 2e éd., 1935.

PINOTEAU, "Le code des sociétés. Dispositions pénales (loi du 24 juillet 1966 textes subsé quents et dispositions maintenues) suivi de : les banqueroutes (loi du 13 juillet 1967 et décret d'application)". Paris, L.G.D.J. 1969.

RIPERT "Traité élémentaire de droit commercial" par Roblot, t. 1, 8e éd., Paris, L.G.D.J., 1974, t. 2, 7e éd. Paris, L.G.D.J., 1973.

RODIERE "Droit commercial, Effets de commerce, Contrats commerciaux, Faillites", 7e éd. Paris, Précis Dalloz 1975.

SAVATIER (R) - SAVATIER (J) et LELOUP, "Droit des affaires", Paris, Sirey, 1974.

TALLER "Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime", 8e éd., revue et mise à jour par J. PERCEROU, Paris, ROUSSEAU et Cie Editeurs, 1931.

TOUFFAIT - ROBIN - AUDUREAU et LACOSTE "Délits et sanctions dans les sociétés", 2e éd., Paris, Sirey 1973.

II - <u>OUVRAGES SPECIAUX - MONOGRAPHIE - THESES</u> -

BESSOU (A) "la banqueroute en matière de société", thèse Paris 1965

BOUTEMAIL. (H) "sanctions de la faillite et sanctions pénales" thèse Poitiers 1933.

BOUTTIER (F), "la prolongation artificielle dans l'activité des entreprises en difficulté", thèse Paris II 1975.

CHAMPAUD et PAILLUSSEAU "l'entreprise et le droit commercial", Paris, Armand Colin, Coll. Dossier U 2, 1970.

DUPOUY (C) "le droit des faillites en France avant le code de commerce", thèse, Paris, 1956.

EL AJOUZ (O) "la banqueroute en droit comparé français et libanais", thèse Lyon 1974.

FANGAIN (P) "le nouveau régime des règlements judiciaires, liquidations des biens et faillites personnelles", préface RAULT.

FERRARI (M) "la reponsabilité civile du chef d'entreprise en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens", thèse Paris 1970.

GANSHOF (F) "le droit de la faillite dans les Etats de la C.E.E.", Bruxelles, Centre Universitaire de droit comparé, 1969.

GUILLON, "essai historique sur la législation française des faillites et banqueroutes avant 1673, Thèse Rennes 1904.

HENO (B), la règle "le criminel tient le civil en état", thèse Rennes 1971.

Inspection Générale des Finances, "aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire (Etude des mécanismes)", Paris, Sirey, Coll. Bibl. de droit commercial, 1965.

KLOMP (G) "les déchéances et les sanctions pénales attachées à la faillite, étude critique", thèse Paris 1957.

OLIVIER (D) "la distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes", thèse Paris, 1972.

STRASSER (P) "les personnes morales de droit privé non commerçantes et les procédures de règlement collectif du passif", thèse Strasbourg III, 1976.

THALLER (E) "des faillites en droit comparé", Paris, A. Rousseau, 1887.

III - <u>ARTICLES ET CHRONIQUES</u>

ALLIOT (R) "la faillite personnelle et les autres sanctions civiles", in. "Faillites, ouvrage collectif présenté et dirigé par R. RODIERE, Paris, Dalloz, 1970, p. 391 et s.

ARGENSON (J) et TOUJAS (G) "le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens", J.C.P. 1968. I. 2 179.

BEGUIN (J) "la punition des hommes" dans "les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé" ouvrage collectif par RODIERE, BEGUIN, DERRIDA, TREILLARD, TERRE, etc... Coll. économica 1976.

BRIERE de l'ISLE (G). Rép. Dalloz Sociétés, V° Directeur.

CABRILLAC (M) "la vente de ses parts ou actions imposées au dirigeant social en faillite personnelle", in. Mélanges A. JAUFFRET, Grap, impr. Louis Jean 1974. p. 164 à 166. "L'indépendance du droit pénal à l'égard de quelques règles du droit commercial", in. quelques aspects de l'autonomie du droit pénal" ouvrage collectif sous la direction de G. STEFANI, Dalloz 1956.

CACHIA (M) "le criminel tient le civil en état" dans la jurisprudence, J.C.P. 1955. I. 1 245.

CHEVALIER (J Y) "le règlement judiciaire", in. Faillites

COULAUD "Réflexions sur les formes de l'assignation et l'intervention du procureur de la république devant le tribunal de commerce", gaz. Pal, 1972. 2. 659.

DALSACE "Réflexions d'un commercialiste sur le droit pénal des sociétés", Rev. soc. 1966. 400.

DELMAS "le non paiement des dettes civiles et la cessation des paiements, recherches autour de l'art. L. 2 al. 19". Rev. trim. dr. com. 1970. 641. s.

DERRIDA (F), "l'aliénation des immeubles pendant la période préparatoire du règlement judiciaire", Rev. synd. 1970. II. 83.

"Un vide législatif à combler : à propos de l'interdiction d'exploiter une entreprise commerciale", D. 1968, chron, 95.

"A propos de la faillite personnelle" D. 75. chron. 201.

DERRUPPE "la notion particulière de décision définitive en procédure pénale", in. quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, ouvrage collectif sous la direction de G. STEFANI, Dalloz, 1956.

FANGAIN (P) "Faillite personnelle et réhabilitation" gaz. pal, 1971, 1, 260.

"Projet d'application à durée limitée des sanctions de la faillite et des déchéances" gaz. pal. 1972, 1, 324.

HONORAT (A) "problèmes d'application dans le temps de la loi du 13 juillet 1967, in. Mélanges offerts à D. BASTIAN.

Juriclasseur commercial art. 437 à 614, fasc. J-60.

"Les innovations du décret du 20.05.55, relatives aux faillites et règlement judiciaire".

HOUIN "permanence de l'entreprise à travers la faillite". in. liber. amicorum Baron Louis Frédéricq, t. 2. p. 109.

Rép. Dalloz. Commercial. V. Faillite.

HUET "Banqueroute et délits annexes, les infractions annexes commises à l'occasion des procédures collectives de liquidation et de renflouement des entreprises", in. "Faillites".

JAUFFRET, jurisclasseur commercial art. 437 à 614, fas. C. 20.

LABRUSSE "Evolution du droit français de la faillite", in. "Faillites".

LESTANG (G. de) "des aspects commerciaux du droit pénal". Rev. jurisp. Com. et jour. des agréés, 1972, p. 170.

PRALUS "Observations sur l'application de la règle" "le criminel tient le civil en état", Rev. sce. crim. 1972. 31.

RIVES-LANGE (J L) "La notion de dirigeant de fait", D. S. 1975. Chron. 41.

ROBIN "Les responsabilités pénales des dirigeants" de fait "des sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966", rec. dt. Pénal 1967. 4.

TOUFFAIT et HERZOG "Observations sur l'évolution du droit pénal des sociétés", Rev. sc. crim. 1967. 777.

TREILLARD (J) "Introduction comparative", in. Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, sous la direction de RODIERE, Economica 1976.

-"-"-"-"-"-"-"-"-

TABLE DES MATIERES

pages

INTRODUCTION..... 1

PREMIERE PARTIE : LE SORT DE L'HOMME..... 12

TITRE I : LES CONDITIONS D'APPLICATION..... 15

CHAPITRE 1ER : LES CONDITIONS DE FOND..... 17

SECTION 1 : LES CONDITIONS RELATIVES AUX PERSONNES..... 18

I - LES COMMERCANTS PERSONNES PHYSIQUES..... 18

A - LA NOTION GENERALE DE COMMERCANT.... 19

1 - L'INSCRIPTION AU REGISTRE DU COMMERCE..... 19
2 - LES ACTES DE COMMERCE..... 20

B - LES CAS PARTICULIERS DE COMMERCANT.. 23

1 - LES INCAPACITES ET INCOMPATIBILITES..... 23
2 - SITUATION DU COMMERCANT RETRAITE. 24
3 - EXERCICE DU COMMERCE PAR PRETE-NOM..... 25

pages

II - LES PERSONNES PHYSIQUES, DIRIGEANTS DE PERSONNES MORALES..... 26

A - LES DIRIGEANTS DE DROIT..... 26

1 - LES DIRIGEANTS DE PERSONNES MORALES COMMERCANTES..... 27
2 - LES DIRIGEANTS DE CERTAINES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE..... 28
3 - LES REPRESENTANTS PERMANENTS DES PERSONNES MORALES..... 30

B - LES DIRIGEANTS DE FAIT..... 31

1 - LES TEXTES..... 34
2 - LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE.. 36

SECTION 2 : LA CONDITION DE CESSATION DES PAIEMENTS..... 40

I - LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS..... 41

II - LA NATURE DES DETTES NON PAYÉES..... 43

SECTION 3 : LES CONDITIONS RELATIVES AUX AGISSEMENTS..... 46

I - LES AGISSEMENTS DES ARTICLES L. 104 S. L. 126 S. ET L. 130 S..... 47

A - LES SITUATIONS IDENTIQUES..... 47

pages

1 - LE CARACTERE OBLIGATOIRE DES SANCTIONS..... 48
a) les agissements caractérisés par la fraude..... 49
1°) les faits matériels prévus par les art. L. 106 1, L. 129 et L. 133..... 49
- la soustraction de comptabilité.....
- le détournement ou la dissimulation de l'actif.....
2°) l'intention frauduleuse... 54
b) les agissements résultant d'une faute..... 56
1°) les faits matériels prévus par les art. L. 1L7, L. 127 et L. 131..... 56
- l'exercice d'une activité commerciale contrairement à une interdiction prévue par la loi (art. L. 107-1,et L. 127-6)..... 57
- l'absence d'une comptabilité conforme aux usages de la profession (art. L. 107-2, L. 127-5 et L. 131-5)..... 58
- les achats pour revendre au-dessous du cours dans l'intention de retarder la cessation des paiements (art. L. 107-3, L. 127-3 et L. 131-2)..... 60
- les dépenses personnelles ou de maison excessives (art. L. 107-4 et L. 127-1)..... 61

pages

- la consommation de sommes élevées dans des opérations de pur hasard (art. 107-5, L. 127-2 et L. 131-1)..... 63
2°) la faute..... 64

2 - LE CARACTERE FACULTATIF DES SANCTIONS..... 65
a) la non déclaration dans les quinze jours de la cessation des paiements (art. L. 108-2, L. 128-3 et L. 131-6)..... 66
b) la souscription pour le compte d'autrui d'engagement jugés trop importants (art. 107-6, L. 128-1 et L. 131-4)..... 67

B - LES AUTRES SITUATIONS..... 69

1 - LES SITUATIONS ANALOGUES..... 69
a) les agissements caractérisés par la fraude..... 69
1°) activité commerciale exercée soit par personne interposée, soit sous le couvert d'une personne morale masquant leurs agissements (art. L. 106-2, L. 131 et L. 133)..... 70
2°) l'usage des biens sociaux comme des biens propres (art. L. 106-3)..... 71

pages

3°) dol ayant permis d'obtenir un concordat par la suite annulé (art. L. 106-4).... 72

b) les agissements résultant d'une simple faute..... 73

1°) la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire (art. L. 107-7)..... 74

2°) les agissements relatifs à l'obtention et à la résolution d'un concordat (art. L. 108-3 et L. 128-2)..... 75

3°) comptabilité incomplète ou irrégulièrement tenue (art. L. 107-2, L. 127-5 L. 128-5 et L. 131-5)..... 76

2 - LES SITUATIONS DIFFERENTES..... 77

a) les agissements postérieurs à la constatation de la cessation des paiements..... 77

1°) art. L. 127-4.....

2°) art. L. 128-6 et L. 131-3.

b) dirigeant à la charge duquel tout ou partie du passif social aurait été mis et qui n'aurait pas acquitté cette dette (art. L. 109)..... 79

c) la preuve d'une incompétence manifeste (art. L.108-1)..... 80

pages

II - DOMAINES SUPERPOSABLES..... 81

A - LA FAILLITE PERSONNELLE..... 81

1 - LES ARTICLES L. 106-5 et L. 108-1..... 81

2 - L'ARTICLE L. 126-2..... 83

B - LA BANQUEROUTE..... 83

CHAPITRE 2 : LES CONDITIONS DE FORME..... 85

SECTION 1 : L'OUVERTURE DES PROCÉDURES..... 87

I - LE MOMENT DE L'OUVERTURE DES PROCÉDURES..... 87

II - L'INITIATIVE DE L'OUVERTURE DES PROCÉDURES..... 92

SECTION 2 : LE PARALLÉLISME DES PROCÉDURES SUIVIES..... 94

I - LA COMPÉTENCE..... 94

1 - LA BANQUEROUTE..... 95
2 - LA FAILLITE PERSONNELLE..... 95

II - LA SAISINE..... 97

1 - LA FAILLITE PERSONNELLE..... 97
2 - LA BANQUEROUTE..... 99

pages

III - LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE..... 100

1 - L'INSTANCE DEVANT LES JURIDICTIONS..... 100

2 - LES MODALITES D'EXCECUTION..... 102

CONCLUSION DU TITRE I..... 106

TITRE II : LE RÔLE..... 107

CHAPITRE 1: LES EFFETS..... 109

SECTION 1 : LES DIVERSES SANCTIONS..... 110

I - LA FAILLITE PERSONNELLE..... 110

A - LES EFFETS CLASSIQUES..... 110

a) sur le plan politique.....
b) sur le plan civique.....
c) sur le plan professionnel.....
d) sur le plan des fonctions publiques et de l'exercice des professions libérales.....

B - LES EFFETS SECONDAIRES..... 113

a) l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou sociale..... 113

pages

b) la privation du droit de vote dans les assemblées des personnes morales en état de R.J. ou L.B..... 114

c) la cession forcée des parts sociales..... 114

II - LA BANQUEROUTE..... 115

SECTION 2 : L'APPLICATION DES SANCTIONS..... 117

I - L'APPLICATION DE LA FAILLITE PERSONNELLE EST TRES LIMITEE..... 118

A - LES STATISTIQUES..... 118

B - LES RAISONS..... 122

II - LA PORTEE PRATIQUE EST TRES LIMITEE..... 125

SECTION 3 : LES RÉFORMES A APPORTER..... 128

I - LES MESURES NÉCESSAIRES À L'EFFICACITÉ... 128

II - LES MESURES NÉCESSAIRES À L'ADOUCISSEMENT..... 130

CHAPITRE 2 : LES RAPPORTS..... 131

SECTION 1 : LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE SONT ELLES ANTAGONISTES 132

pages

I - LE CARACTÈRE RÉPRESSIF DE LA BANQUEROUTE..... 132

II - LE CARACTÈRE RÉPRESSIF DE LA FAILLITE PERSONNELLE..... 134

SECTION 2 : LA FAILLITE PERSONNELLE ET LA BANQUEROUTE SONT ELLES COMPLÉMENTAIRES ?..... 136

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE..... 140

DEUXIEME PARTIE : LE SORT DE L'ENTREPRISE.... 143

TITRE I : INCIDENCES COMMUNES DE LA FAILLITE PERSONNELLE ET DE LA BANQUEROUTE... 145

CHAPITRE 1 : ENTREPRISES EN SOCIÉTÉ..... 146

SECTION 1 : INCIDENCES SUR LA SURVIE..... 148

I - INFLUENCE DES SANCTIONS DE L'HOMME SUR LES MESURES PATRIMONIALES..... 149

A - LE REFUS D'HOMOLOGATION DU CONCORDAT..... 150

B - LA RESOLUTION DU CONCORDAT..... 152

II - L'APPLICATION DE LA VOLONTÉ DU LÉGISLATEUR..... 155

pages

a) démission et remplacement des dirigeants..... 155
b) la liquidation de l'entreprise..... 156

SECTION 2 : INCIDENCES SUR LE POUVOIR DE DÉCISION..... 158

I - LA PRIVATION DU DROIT DE VOTE..... 159

II - LA CESSION DES PARTS SOCIALES OU ACTIONS..... 160

CHAPITRE 2 : ENTREPRISES INDIVIDUELLES..... 164

SECTION 1 : INCIDENCES SUR LA SURVIE..... 167

I - ANNULATION ET RÉSOLUTION DU CONCORDAT.... 169

A - ANNULATION..... 170

B - RESOLUTION..... 171

II - CONVERSION..... 174

a) l'article L. 79 al. 2 et la législation antérieure à 1967..... 175
b) l'article L. 79 al. 2 et la loi de 1967..... 176

pages

SECTION 2 : LA CESSION DE L'ENTREPRISE..... 179

I - LA CESSION DE L'ENTREPRISE DANS LE CADRE D'UNE LIQUIDATION DES BIENS..... 180

II - LA CESSION DE L'ENTREPRISE DANS LE CADRE D'UN RÈGLEMENT JUDICIAIRE..... 182

A - LA POSSIBILITE D'UNE CESSION..... 183

B - LES MODALITES D'UNE CESSION..... 185

CONCLUSION DU TITRE I..... 192

TITRE II : INCIDENCES DE LA BANQUEROUTE..... 194

CHAPITRE 1ER : LA PORTÉE DE LA RÈGLE "LE CRIMINEL TIENT LE CIVIL EN ÉTAT DANS LE DROIT POSITIF FRANÇAIS"..... 197

SECTION 1 : LES CONDITIONS D'APPLICATION..... 200

I - NECESSITÉ D'UNE MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE..... 200

II - IDENTITÉ DE FAIT ENTRE LES DEUX ACTIONS. 202

SECTION 2 : L'ÉTENDUE DE LA RÈGLE..... 203

I - ACTIONS AUXQUELLES S'APPLIQUE LA RÈGLE... 203